نظرية البطلان في العقد الإداري

تأليف
المحامي الدكتور
برهان زريق

المكتبة القانونية



نظرية البطلان

في

العقد الإداري

تأليف
المحامي الدكتور
برهان زريق

المكتبة القانونية

الناشر

المكتبة القانونية

دمشق ــ حرستا ــ الشارع العام

ص.ب: 57 هاتف 5312120- فاكس 5324283

الطبعة الأولى

2002م

تمهيد عام

مما لا جدال فيه أن لكل بحث رؤيته الخاصة به النابعة من طبيعته الذاتية، ومن النسب المركوزة به، على حد قول الفهامة ابن خلدون، كذلك فالرؤية لها منهجها العلمي الذي يقودنا إلى استكناه الظاهرة، والقبض على جوهرها ومقوماتها الذاتية... وحقيقة الأمر أن الرؤية السليمة – باعتبارها الطريق الأمثل لمعرفة الحقيقة – تؤصل الظاهرة، وتبلورها، هذا فضلاً عن أن الظاهرة – بما تمتلكه من طبيعة ذاتية معينة – هي التي تفرض المنهج الخاص بها، ومن ثم فالكل من الظاهرة ومنهجها ورؤيتها دوره وموقعه وأهميته، والجدل السليم بين الغاية ووسيلتها، وارتقاء الوسيلة علواً إلى مصاف غايتها، هذا الأمر هو الذي يصل بنا إلى شاطئ الموضوع، ويمكننا قطف ثماره يانعة، إذ لا الرؤية تسبق الهدف، والعكس، وكل في فلك يسبحون.

واستناداً إلى الفلسفة السائدة في علم المنطق، فالاسم كثيراً ما يقودنا إلى المعنى، وبالتالي، فإن نظرة بسيطة فاحصة على عنوان البحث تجعلنا مع الحقائق الآتية:

أ- إن مجرد قولنا عقداً فهذا يعني أننا حيال التقاء إرادتين متكافئتين تتشادان وتتعارضان، وفي الوقت نفسه تسعيان لإقامة التوازن بينهما في نقطة تحقيق المصالح المشتركة Parie- parties[1].

---

[1] محمد حامد الجمل: الموظف العام فقهاً وقضاءاً، القاهرة، دار الفكر العربي الحديث للطبع والنشر، 1958، ج1، ط1، ص 105.

وبمعـــنى أوضح ففكرة التعاقد تتحقق بنشوء التزامات متبادلة Mutuel، حيثُ يـــلزم – بالتبادل – كل من طرفي العقد الطرف الآخر، لا فرق في ذلك بين عقود القانون الخاص، وعقود القانون العام.

هكـــذا يشتبه العقد بكثير من الأعمال القانونية – والعلة في ذلك فكرة التقاء المصـــالح – مـــن ذلـــك اشتباهه بالأعمال القانونية الاتحادية: actes union كالأعمـــال الـــتي تقرر نتائج الانتخابات، حيثُ لا يظهر الناخبون كأطراف متقابـــلة يلـــتزم الواحـــد مـــنهم قبل الآخر، بل إن إرادتهم تتعاون من أجل الوصول إلى هدف، حيثُ تتحد في هذا الغرض من أجل إنشاء أثر قانوني.

وبذلك لا ينسب التصرف القانوني الاتحادي لأي شخص من المشتركين في إيجـــاده، أو إلى تعـــبير واحـــد صـــادر عن إرادة أي منهم، بل ينشأ الأثر القانوني من الإرادات المتحدة جميعاً[1].

ويمكـــن أن ينشأ العمل الاتحادي في إطار الإدارة العامة، كما في حال ندب موظـــف، بـــناءً على موافقة الإدارتين على ذلك، فهذا الاتفاق لا ينشئ عقداً بسبب عدم وجود التعارض، بل ينشئ عملاً قانونياً اتحادياً.

والأمر نفسه بالنسبة للقرارات التي تصدر عن المجالس، فهذه القرارات، وإن كانت تقوم – من خلال المداولات:deliberation – على المناقشة، وتضارب الرأي، إلاّ أنها تصب في بوتقة واحدة ونتيجة محددة.

ب- وجدير بالتنويـــه أن مـــا يميز العقد الإداري اتسامه بقسمـــات معينة من ذلك خضـــوعه لقيـــود تشـــريعية – كتـــلة الشرعية bloc legalite – كاختيار المتعاقدين، وكون دفاتر الشروط تحرر مقدماً، ثم تمتع الإدارة بسلطات معينة لا يتمتع بها المتعاقد، وغير ذلك من الأمور.

---

[1] محمد حامد الجمل: الموظف العام، المرجع السابق، ص 105.

هذا وعلى الرغم من كل هذه القيود والسمات والاستثناءات، فذلك لا يغير من طبيعة العقد الإداري، الذي يبقى عقداً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى APROPREMENT DIT[1].

ج- إن نظرية البطلان في العقود الإدارية، لا تعني أنها متطابقة مع نظيرتها في القانون الخاص، وبالمقابل فهي لا تعني الانسلاخ الكامل عنها، بل إن هناك تمفصلاً وتميزاً بين الظاهرتين دون الفصل والانفصال.

وبيان ذلك أن كثيراً من النظريات القانونية تتغلغل في أكثر من فرع من فروع القانون ومجالاته، لسبب بسيط هو أن تلك النظريات تعبر عن فكرة القانون في ذاته وعن جوهره وطبيعته الذاتية وماهيته وصميم داخليته، أي تعبر عن النسب المركوزة في طبائع الأشياء، وهي نسب نجد تحققها في القانون الخاص، وغيره من فروع القانون، وبالتالي فالقانون الإداري عندما يطبق هذه النظريات، فإنما يطبقها – أصالة – في مجاله الخاص، وهذا ما عبر عنه الفقيه اليوناني ستاسينوبوليس بقوله:

Il exist dans le droit des formes juridiques generales qui-s'appliquent I pso-jure a'tout rapports auquel elles sont susceptibles d'êtres adaptees et que sont commune au droit privé et au droit public.

وترجمة ذلك: توجد صور قانونية هامة معتبرة في كل التشريعات، هذه الصور – بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه – تطبق على الحالات التي تتلاءم معها سواء أكانت تنتمي تحت لواء القانون العام أم القانون الخاص[2].

---

(1) د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط2، 1965 ص 402 وما بعدها .

(2) المطول في القرارات الإدارية: أثينا، ط1954، ص 35.

ومع ذلك ولما كان للقانون المدني قصب السبق، وصدق القدم في البحث بـنظرية العقـد، فقد استطاع هذا القانون – عبر عمق تاريخي مديد – أن يبني ممرداً من النظريات المتعلقة بالعقد في ذاته، حيثُ قدم للفكر القانوني عطاء ثراً وفـذاً وبذلك، فالقانون الإداري، مدين للقانون المدني من العطاءات، وباستطاعة القانون الأول أن يمتح الكثير من تلك النظريات، أو يطرح منها أو يعدل فيها – إضـافة أو حذفاً – ما يلائم روابطه، وهذا ما عبرت عنه أصدق تعبير المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: " فيما يتعلق بأخذ القاضي الإداري بأحكام قانون المرافعات المدنية أو التجارية، فله أن يستهدي بها على اعتبار أنها مجرد تطبيق لقواعـد العدالة، أو المنطق المجرد، أي أن يطرحها، أو أن يأخذ منها ما يتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية[1].

ذلـك أن كـثيراً مـن النصوص التي تضمنتها قوانين المرافعات المدنية والـتجارية، ليسـت في حقيقة الأمر مجرد صياغة تشريعية للمبادئ العامة التي تقضـي بها العدالة والمنطق في سير الإجراءات، أياً كانت طبيعتها، وأياً كانت الجهـة المختصـة بهـا، ممـا لا ينهض معه سبب معقول لإبعادها من مجال المـنازعات الـتي هي من اختصاص القضاء الإداري لمجرد أنها قد رددت في صلب قانون المرافعات، ويتحقق هذا التوفيق بمراعاة الخصائص المميزة لروابط القـانون العـام، وما يقتضيه منطق القضاء الإداري من تنظيم خاص مع إعمال المبادئ العامة والقواعد الأساسية في المرافعات المدنية، فيما عدا ذلك.

والخلاصة يجب التمييز دون الفصل بين بعض نظريات القانون الإداري ونظيراتها في القانون المدني، وهذا التمييز تمليه طبيعة وجوهر وماهية القانون الإداري، وإن كان هذا التمييز لا يعني الانفصال الكامل.

([1]) د. محمد كامل ليله: مبادئ القانـون الإداري، بيروت، دار النهضة العربية، ط1، 1968، ص 171.

ولعل الدكتور ثروت بدوي من أبرز الفقهاء الذين صوروا بدقة تلك الرابطة بين العلاقتين، امتثالاً، اقتداءً، تقليداً، إبداعاً تعديلاً، فإن المذكور: إن القانون الإداري من صنع القضاء الإداري الذي أرسى قواعده وأسس أحكامه، مستوحياً إياها من حاجات الإدارة، وما تتمتع به لدى ممارستها لنشاطها من مظاهر السلطة والجبروت. وليس معنى ذلك أن القضاء الإداري لا يستعين بأحكام القانون المدني في غير قليل من المناسبات ليطبق أحكامه بما لا يتنافى من طبيعة المشاكل الإدارية، وهذه الاستقلالية تعني أنه يستنبط الحلول، ويبدع الأحكام التي تمس هذه المنازعات بحرية تامة[1].

والقاضي الإداري لا يستطيع فقط تطبيق القواعد المدنية، بل إنه يستطيع الاستناد إليها صراحة إذا شاء، دون أن يكون هذا الاستناد إلى القواعد المدنية مؤثراً في حريته في ابتداع الحلول.

وقريب من ذلك ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: " للقاضي الإداري أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم مع مجالاته، وله أن يطرحها إن كانت غير ملائمة، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم[2] ".

ونخلص من ذلك للقول بأن القاضي الإداري يستعين بأحكام القانون المدني، كلما وجدها تنسجم مع روابط القانون الإداري، ومع مقتضيات المصلحة العامة، كذلك فالقاضي الإداري يرفض تطبيق أحكام القانون المدني تطبيقاً حرفياً، بل يعدل فيها بما يجعلها متلائمة مع حاجات الإدارة ومستلزمات المرفق العام، بل إنه في غير قليل من الحالات يبتدع الحلول، ويستنبط المبادئ التي قد تتعارض تماماً مع أحكام القانون المدني.

---

(1) كتابة مبادئ القانون الإداري: القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص 106.

(2) د. ثروت بدوي: مبادئ القانون الاداري، ص 108.

وهذا ما عبر عنه مفوض الدولة: RIVET في مذكرته المقدمة في قضية: OLIVE مخاطباً مستشاري مجلس الدولة الفرنسي، قائلاً: إنكم أحرار في قضائكم، وأنتم الذين تخلقون القواعد التي تطبقونها، ولا تستعينون بالقواعد الواردة في المجموعة المدنية، إلاّ ما يتفق تطبيقه وضرورات الحياة الإدارية[1].

إذا هناك في القانون الإداري نظريات قائمة ومستقلة بذاتها، وقد شقت طريقها عبر مقتضيات معينة غير قائمة في روابط القانون الخاص، مثل نظرية القرار الإداري ونظرية السلطة العامة، ونظرية الضبط الإداري، ونظرية الاستملاك، وغير ذلك.

وغني عن البيان أن نظريتنا موضوع البحث تستبصر وتصوب موضوعاً معيناً، ألا وهو خلل البطلان الذي يحيق بالعقد الإداري ومما لا شك فيه أن الخلل حالة مرضية تنتاب أية ظاهرة من ظواهر الحياة وسننها، وبالتالي فما من مادة أو ظاهرة حية إلاّ ويعتورها التمدد والتقلص، الصحة والمرض، القوة والضعف، وبذلك فموضوع البطلان، ليس موضوعاً مدنياً صرفاً بقدر ما هو موضوع يتغلغل كافة فروع القانون، وهنا ينهض ويثور السؤال التالي: ما هي علاقة ذلك البطلان بنظرية البطلان في العقد المدني ؟؟.. ما هي أوجه البطلان التي تمليها، وتفرضها، ظروف المرفق العام.. هل العيب في العقد الإداري- كما في القرار الإداري – على درجتين، أو على ثلاث درجات، كما هو الأمر في القانون المدني ؟؟.

هذه التساؤلات – ومثلها معها من تساؤلات – تدفعنا لأن نرهص لذلك ببحث يتناول نظرية البطلان في العقد المدني، لا سيما أن المقارنة في العلوم

---

(1) حكم المجلس الصادر في 1921/11/25 قضية: OLIVE مجلة القانون العام لعام 1921، ص 121.

الإنســانية تــزكي هذه العلوم، وتزيدها غنى وثراء، وهي في الآن نفسه إحدى مناهج البحث في تلك العلوم، وإحدى شروط المادة المراد حرثها وتفكيكها[1].

وغــني عــن الــبيان أن البحث في بطلان العقد الإداري يقتضي تحديد المقصــود من العقد الإداري، وبالطبع فالسياق لا يسمح لنا في التزيد والتفصيل فــي الموضوع، على اعتبار أن هذا الموضوع قتل بحثاً، وإننا نحيل القارئ إلى مظانه في أبحاث ونظريات القانون الإداري، وإن كنا ندلل بأننا نأخــذ بالمعيار المــركب في تحديد أساس القانون الإداري، وتلمس مجالاته ومعاييره، وبالطبع فــنحن نقصــد بالمعيار المركب اتخاذ المرفق العام غاية وأساليب القانون العام وسيلة[2].

وتوضــيح ذلك أن سلطان الإدارة ليس غاية في ذاته، لكنه وسيلة لتحقيق النفع العام، والوقوف عند الوسيلة دون الغاية مسلك في غاية الخطورة، لا سيما فــي الوقت الحاضر الذي ازداد فيه تدخل الإدارة في مختلف النواحي، وإن كان لــنا ملاحظة استطرادية، مؤداها أن المرفق العام هو أنجح الوسائل لتحقيق النفع العام، إن لم يكن هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق ذلك.

وعلى هذا سنكتفي بتحديد شروط العقد الإداري على الإيجاز الآتي:

1- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

2- أن يتصل العقد بالمرفق العام.

3- أن يتضمن العقد وسائل وأساليب القانون العام[3].

---

(1) د. برهان زريق: نحــو نظرية عامة في العــرف الإداري، دمشق، مطبعة عكرمة 1986، ص 25.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 88.

(3) د. الطمــاوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص352، القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية تاريخ 1956/9/16.

وشــرط كون الإدارة طرفاً في العقد شرط واضح، والأمر نفسه بالنسبة للشــرط المتعــلق بأساليب القانون الإداري، لكن ما هو المقصود من صلة العقد بالمرفق العام ؟؟

هل يكفي أي اتصال، أم أن لهذا الاتصال شروطه الخاصة ؟؟..

وحقيقة الأمر أن الاتصال بالمرفق يأخذ مظاهر شتى أشارت إليها محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: إن المعيار المميز للعقود الإدارية هي الاتصال بالمــرفق العام من حيثُ تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه[1].

ذلــك أن مــن العقود الإدارية ما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو استغلاله وأشــهرها عقــوذ الامتياز والأشغال العامة ومنها ما يتصل بالمعاونة في تسيير المــرفق عن طريق توريد مواد أو تقديم خدمات أو عن طريق استخدام المرفق ذاته..الخ وفقاً لأنواع العقود الإدارية المختلفة.

لكــن هــل يشترط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق الذي يخدمه على درجة معينة من المتانة ؟؟؟.

يذهــب بعض الفقهاء، إلى ذلك فيشترطون لضــرورة كون العقد إدارياً أن يحقــق غرضــاً مــن أغراض المرفق العام[2]: لكن بعض الفقهاء يرون أن القضـــاء الفرنســـي لا يتطــلب ذلك، ويكتفي بخدمة المرفق العام بصورة غير مباشرة[3].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 352 القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية تاريخ 1956/9/16.

(2) مقال الفقيه مارك رجلاد – مجلة القانون العام، سنة 1924، ص 191.

(3) الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 72.

وبصـــورة عامة، فهذا الاتصال ومداه مسألة موضوعية، يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حده.

هــذا هو إطار سريع كان لا بد منه كمدخل عريض لموضوعات الكتاب الـتي استفتحناها بفصل تمهيدي تكلمنا فيه على البطلان في القانون الخاص، ثم أردفـنا ذلـك بتقسيم البطلان في العقد الإداري إلى منطقتين، الأولى تمتد حتى إبرام العقد – وهي موضوع القسم الأول من الكتاب – أما القسم الثاني فيتصدى لدراســة الـبطلان فـي حـال ديناميكية العقد وحركتيه، ثم فرعنا على كل قسم مجموعة من الأبحاث والمطالب.

فصل تمهيدي

البطلان كفكرة ذاتية في القانونين العام والخاص

مُقدِّمة:

لا حاجة للتأكيد بأن لكل بحث علمي مداخله المتعددة التي ترهص وتمهد له، وقد يعتمد الباحث لذلك حزمة من الدوائر تنقله – بصورة وئيدة ولكن أكيدة – إلى موضوعة خطوة إثر خطوة.

أجـل لقد مهدنا لبحثنا بعدة دوائر، منها ما تعلق بشروط العقد الإداري، ومـنها ما تعلق بمعيار القانون الإداري، وسننتقل – ضمن دائرة جديدة – خطوة أخرى تضيق بها الدائرة أكثر للبحث في الموضوعين الآتيين:

- درجات البطلان في القانون الإداري.
- البطلان في القرار الإداري مقارنة مع البطلان في القانون الخاص.

المبحث الأول

درجات البطلان في القانون الإداري

((مسألة انتقال فكرة البطلان من القانون الخاص إلى القانون العام))

لا حاجة للتدليل بأن القانون الخاص، ميز في آخر مراحل تطوره بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، بعد أن اندثرت منه فكرة الانعدام.

والسؤال المطروح هو ما إذا كان القانون الإداري – في مجال القرار – يميز كالقانون الخاص، بين النوعين السابقين، أو أن له تقسيماته الخاصة التي تقوم على درجة واحدة، هي القرار الباطل.

وفي الحقيقة، لقد ذهب نفر غير قليل من فقهاء القانون الإداري في فرنسا ومصر إلى أن القانون الإداري يعرف البطلان النسبي جزاء على عدم المشروعية اليسيرة، وإن كان هؤلاء يعترفون صراحة بأن هذا النوع من البطلان، ليس له – على صعيد القرار الإداري – تلك الأهمية التي يشغلها في القانون الخاص[1].

هكذا ذهب ((جيز)) بأن القانون الإداري – سواء في مجال العقود أم القرارات الإدارية – يعرف فكرة البطلان النسبي، وإن كانت هذه الفكرة نادرة الوقوع على خلاف ما هو عليه الحال في القانون الخاص[2].

---

(1) د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968، ص5.

(2) JESE-SANCTIONS-DES-IRREGULARITES-DES-ACTES-JURIDIQUES. R.D.P1913, P.310 ETS.

وذهب ((فالين)) إلى أن فكرة البطلان النسبي تجد مجالها – على صعيد القانون الإداري – في حال ما إذا قرر القانون شكليات معينة لصالح الإدارة، ثم تخلت عن اتباعها، فهنا لا يجوز للأفراد، أن يتمسكوا ببطلان القرارات المخالفة لتلك الشكليات[1].

وقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء الفرنسيين، أمثال ((دي لوبادير))[2] و ((ريفيرو))[3] وبعض الفقهاء في مصر [4].

ونظراً لأهمية نص لوبادير فإننا نورده في صيغته الفرنسية:

Le nulltie d'un acte administatif ne peut etre invoquee par administers lorsque la regle viole avant ete edictee dans le seule interet de l'adminstration.

ويرى الدكتور رمزي طه الشاعر أن فكرة البطلان النسبي تجد مجالها – على صعيد القانون الإداري – في مجال العقود ليس إلاّ، وهو يقدم لذلك الحجج التالية:

1- إن دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة قامت لحماية مبدأ الشرعية، ومن ثم فعندما يلغي القاضي الإداري القرارات التي يلحق بها عيب من عيوب عدم المشروعية، فهو يحمي بهذا الإلغاء الصالح العام، وليس صالح الإدارة أو الأفراد، والقول بوجود شكليات مقررة لصالح الإدارة وحدها قول يتعارض مع دعوى الإلغاء التي هي دعوى عينية يقصد منها مخاصمة القرار الإداري في ذاته دون النظر إلى أشخاص الدعوى.

---

(1) مطولة في القانون الإداري، ط9، 1963، ج1، ص 448، فقره 735.

(2) مطولة في القانون الإداري، ط3، 1963، ج1، ص206.

(3) موجز القانون الإداري: ط3، 1965، ص96 فقرة 105.

(4) د. طعيمه الجرف: انعدام التصرفات القانونية: مجلة العلوم الإدارية، السنة3، العدد الأول، ص 66.

2- مــن الصعوبة بمكان التمييز بين الأشكال المقررة لصالح الإدارة، وبين تلك المقررة لصالح الأفراد.

3- إن الــبطلان هو جزاء مخالفة القانون، هكذا فقد سمح لكل فرد أن يطعن – حمايــة لمبدأ المشروعية – أمام القضاء ببطلان مثل هذه القرارات المخالفة للقانون، إلاّ انه خوفاً من اعتبار دعوى الإلغاء دعوى حسبه، فقد قرر مجلس الدولــة الفرنسي عدم قبول الدعوى إلاّ من ذي مصلحة، وبذلك أصبح شرط المصــلحة هــو الــذي يحــدد الأشخاص الذين يجوز لهم الطعن في عدم مشروعية القرار.

ويخــلص الدكتور الشاعر للقولّ بأن البطلان المقرر لمخالفة القرار لمبدأ المشــروعية، هذا البطلان يتدرج في نوعين من المخالفة ليس إلاّ، وبالتالي ليس هــنالك نوع يسمى البطلان النسبي بل يأخذ القــرار الإداري المشوب بالبطلان أحــد الوضــعين، تبعاً لجسامة مخالفة القانون، فإما أن يكون قراراً معدوماً، أو باطلاً[1].

أمــا الدكتور الطماوي فقد أطلق تسمية القرار القابل للإبطال على القرار الإداري المصــاب بعيب بسيط على اعتبار أن هذا القرار يتمتع بقرينة السلامة: PRESOMPTION DE LEGALITE ، وينتج كافة مفاعيله القانونية حتى تاريخ إلغائه[2].

ويمكن القول إن نظرية البطلان في القرار الإداري لها طبيعتها الخاصة المميــزة الــتي تمليها، روابط القانون العام، والمشتقة من الطبيعة الموضوعية

---

[1] تدرج البطلان، ص 52.

[2] النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 346.

للمشـــروعية، وهكذا فقد تعامل القضاء الإداري مع كل عيب من عيوب القرار الإداري المعاملة الخاصة به.

وتــبعاً لذلــك فالقضاء لا يلغي القرار لعيب الشكل إلاّ إذا كان جوهرياً، وكمــا لا يــلغيه لعيب السبب، إذا تضمن عدة أسباب، وقد فسد أحدها، ومع ذلك فمن الممكن حمل القرار على السبب الناجي من الفساد.

والأمــر نفســه بالنســبة لمخالفة قواعد الاختصاص، إذ ليست المخالفة اليسيرة هي التي تؤدي إلى البطلان في مثل هاتين الحالتين.

هــذه مقدمــة كان لا بد منها كإرهاص ومدخل لنظرية البطلان في العقد الإداري. فما هو الشأن بالنسبة لهذه النظرية الأخيرة ؟؟..

فــي الحقيقة إن العقد الإداري هو – كما سبق قوله – عقد بكل ما تعني هذه الكلمة من معنى، وما ترتب من نتائج قانونية، والمعول على ذلك قيامه على مــبدأ ســلطان الإرادة، وإن كانت بعض شروطه – وليست أركانه – تنتمي في حدود ما إلى نظام الشرعية.

وبيــان ذلــك أن هنالك كتلة من النصوص تقيد الإدارة في إبرام العقد، خلافاً لعقود القانون المدني، حيثُ يكتفى بها، أن تترسم حدود الشرعية ليس إلاّ، وبذلــك فهــذا الترســم يأخذ طابعاً سلبياً، أما العقد في القانون الإداري – فيأخذ بالنســبة للشرعية – مظهراً إيجابياً يلزم الإدارة باحترام تلك القواعد وإنزالها في ميدان التطبيق.

وإســتناداً إلى ما تقدم يصبح الأمر مغرياً وجاذباً ودافعاً لاستكناه نظرية الــبطلان فــي العقد الإداري، وهل تنتمي إلى نظام البطلان في العقود الخاصة تــبعاً لــدور ســلطان الإرادة ؟؟.. أم إنها بالعكس تنتمي إلى نظام البطلان في القرار الإداري بسبب أهمية نظام المشروعية ؟؟..

هــذه هــي أهمية هذا الموضوع، ومنتهى أمره، ومبتدؤه وخبره، والدافع المغــري لتــلمس خصــائص هــذه النظرية وطبيعتها، وسماتها المميزة SUI GENERIS.

وهنالك ملاحظة جديرة بالتنويه، هي أن بعض الفقهاء دللوا بانتقال فكرة الــبطلان من القانون الخاص إلى القانون العام[1]. وإن كنا لا نقر ذلك، لا سيما أن المقصد من الانتقال المذكور الميكانيكية والآلية، وبالتالي فالأحرى بنا التأكيد عــلى اكتشاف القانون العام لفكرة البطلان من خلال روابطه، ثم قيامه بالتعبير والإعلان عن ذلك انطلاقاً من الطبيعة الذاتية لروابط هذا القانون، وبذلك فالأصح القــول إنــنا حيال نقل لا انتقال، حيث يعمد القانون الإداري – فيما ينقل – إلى صب عصارته الهاضمة عليه، وتمثله وهضمه.

(1) د. زكي محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 58.

المبحث الثاني

استهداء نظرية البطلان في القرار

الإداري بنظرية البطلان في القانون الخاص

عرف الرومان نظرية البطلان، وإن كان الفقه عجز عن صياغة نظرية متكاملة حول ذلك بسبب النهج الاستقرائي الذي سيطر عليه[1].

وبصورة عامة فقد عرف القانون الروماني نوعين من البطلان: البطلان المطـلق، ثـم الـبطلان النسـبي، وإن كان لم يعرف الانعدام كنوع من أنواع البطلان[2].

وبالطـبع فالقـانون الـروماني الذي كان يرسف بالشكليات كان يرتب البطلان المطلق، بسبب عدم مراعاة الأشكال، وإن كان التطور أبرز فكرة العقود الرضـائية، وهكـذا فقـد أفسح البريتور السبيل أمام دعوى جديدة غير الدعوى الأصـلية الآنفـة الذكـر، وهدف هذه الدعوى الجديدة هو شل آثار التصرفات القانونيـة، ومن أهم هذه الدعاوى الجديدة، دعوى حماية القاصر تجاه الغش، ثم دعوى الإكراه لصالح غير القاصر[3].

ولقد سار القانون الفرنسي على نهج القانون الروماني مميزاً في ذلك بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، وهو الأمر الذي نجده عند " دوما "، كما نجده عـند ((بوهييـه)) فـي قوله: " هنالك نوعان من البطلان، الأول وهو مقرر

---

(1) د. الشاعر: تدرج البطلان، ص16-2 المرجع السابق، ص 18.

(2) تدرج البطلان، ص 17.

(3) تدرج البطلان، ص 17.

للصـــالح العـــام، وذلك عندما يخالف التصرف حسن الآداب، ثم البطلان النسبي الذي ينظر فيه إلى المصلحة الخاصة للمتعاقد[1].

ويمكن القول إنه، وإن ظهرت في القانون الفرنسي القديم عبارات تدل في ظاهـــرها على وجود فكرة الانعدام، إلاّ أنه لم تتم معالجة الانعدام كفكرة متميزة من فكرة البطلان المطلق[2].

واعتـــبار الانعدام – كنوع من أنواع البطلان في القانون الخاص – هذا الاعتبار من الأفكار الحديثة، ولعل أبرز من ظهرت لديهم عام 1827 وبوضوح، الفقيـــه الألماني " زخاري "، وذلك في شرحه للقانون المدني الفرنسي الذي كان مطـــبقاً حينئذٍ في دول غرب " برلين " الألمانية، فقد لاحظ هذا الفقيه، أن هنالك حالات لم ينص عليها القانون بالبطلان، وفي الوقت نفسه لا يستساغ القول يترك الـــزواج فيها قائماً، مثل حالة اتحاد جنس الزوجين، فنادى بفكرة الانعدام، رغبة منه في المحافظة على قاعدة لا بطلان إلاّ بنص مميزاً في ذلك بين شروط وجود التصرف القانوني، وبين شروط صحته، مقرراً في الآن نفسه أن الانعدام كنوع من البطلان لا يحتاج إلى نص ليقرره.

ولقـــد راقـــت فيما بعد تلك الفكرة للفقهاء، وهانحن نرى " أوبري ورو " يميزان بين ثلاث درجات للبطلان: انعدام – مطلق – نسبي[3].

ولقـــد دافع أيضاً عن تلك الفكرة " بودان "، وأيده في ذلك " ديمولومب "، ومـــا لبث القضاء أن سار في هذا الطريق، حيثُ قررت محكمة النقض الفرنسية أن العقد يكون منعدماً إذا فقد ركن من أركانه[4].

---

(1) المرجع السابق، ص 18.

(2) المرجع السابق، ص 18.

(3) DOMAT: LOI CIVIL, LIVRE, 1, SEC, VETS, COUR DE DROIT CIVIL, 4ED, 1839

(4) حكم محكمة النقض في 1952/5/3، مجموعة سيري 1903 قسم1، ص 257.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور السنهوري أن هذا التقسيم الثلاثي لمراتب البطلان أقيم على أسس وجود أركان للعقد، لا بد من توفرها حتى يتكون، ولهذه الأركان شروط لا بد من توفرها حتى لا يختل، وأن من بين هذه الأركان ركن الرضا الذي يلزم أن يصدر عن ذي أهلية كاملة غير مشوب بعيب حتى يكون صحيحاً[1].

هكذا يكون الانعدام جزاء لتخلف ركن من أركان التصرف الذي لا يتصور له وجود بدونها، والبطلان المطلق الذي يشوب تصرفاً صدر مخالفاً للشروط التي حددها القانون للأركان، أما البطلان النسبي، فهو جزاء يلحق بالتصرف الذي يعتوره بعض العيوب الخاصة، مثل عيوب الرضا والأهلية.

وعلى الرغم من وضوح التمييز بين البطلان المطلق، وبين الانعدام، فقد ظهر عملياً التداخل والاشتباه، ودقت التفرقة بينهما، ومع ذلك فهنالك من يميز الانعدام من البطلان المطلق، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإنجليزي، وللفقه الألماني الحديث.

حيال هذا الاضطراب في المواقف والمسالك، فقد تلافى القانون المدني المصري الحديث ذلك، حيثُ أفرد لنظرية البطلان المواد من 137-144 نابذاً في ذلك اصطلاح " المطلق " و " النسبي "، مستعيضاً عنها بتعبير البطلان والقابلية للإبطال، وإن كان باستطاعة الباحث أن يلحظ أن الشارع لم يخرج في حقيقة الأمر على التفرقة التقليدية بين نوعي البطلان قاصداً بتعبير البطلان، البطلان المطلق، وبتعبير القابلية للإبطال، البطلان النسبي[2].

---

[1] الوسيط: مصادر الالتزام، سنة 1964، ص 530.

[2] تدرج البطلان: ص22 وما بعدها.

ومـن أهـم من أخذ بنظرية وحدة البطلان العلامة السنهوري والدكتور جميـل الشـرقاوي، إذ البطلان في رأي الشرقاوي هو نوع من أنواع البطلان المطلق، كما أن السنهوري أكد أن المنطق يقضي بأن يكون البطلان على درجة واحـدة لا تقبل التدرج، إذ البطلان يعدم العقد، والعدم لا تفاوت فيه، إلاّ أنه من الأولى مـن ناحيـة الصـياغة الـرجوع إلى التقسيم الثنائي للبطلان، أي إلى البطلان المطلق والبطلان النسبي، أو القابلية للإبطال[1].

وهكـذا يمكن إعطاء رأي أخير هو أن القانون الخاص قسم البطلان إلى نوعيـن: مطلق ونسبي، وأن فكرة الانعدام، وإن كانت قد نشأت في مهد القانون الخـاص، إلاّ أنهـا ظلت حبيسة في نطاق محدد، ثم أخذت في التلاشي، بحيث يمكن القول إنها لم تلق بذلك ما يعول عليها في النجاح.

واسـتطراداً فالقانون المدني السوري نظم نظرية البطلان في المادة 126 مميزاً بين البطلان وحق الإبطال.

أمـا في القانون الإداري، فإن نظرية القرار الإداري تعرف فكرة القابلية للإبطال، ثم نظرية الانعدام، وبذلك يصبح السؤال الهام المطروح هو: هل تعتمد نظرية العقد الإداري فكرة الانعدام ؟؟.. هذا ما سنتحدث عنه في القسم الثالث من هذا الكتاب.

---

(1) د. السنهوري: نظرية العقد، ص 537، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، ص 486.

القسم الأول

في عيوب العقد الإداري

وسنفرع على هذا القسم بابين الأول نتكلم فيه على العيوب التي تنشأ في مرحـــلة تكوين العقد، أما الثاني فسنتكلم فيه على العيوب التي تتفرع على تنفيذ العقد.

الباب الأول

العيوب في مرحلة تكوين العقد

تمهيد:

وكما قلنا سابقاً، فقد تم تقسيم دراسة العيوب إلى بابين أولهما يتناول دراسة العيوب في حال استاتيكية العقد، أي في مرحلة سكونه وتكونه، أما الباب الثاني فسيتناول دراسة العيوب في مرحلة حركية العقد ونفاذه وديناميته وآثاره، وغير ذلك من الأمور.

وعلى ضوء هذا التقسيم سنتناول في الباب الأول العيوب التي تنشأ في بعض المجالات، وهذا ما يقتضي تقسيم هذا الباب إلى الفصول الآتية:

- القيود التي ترد على العقد.
- اختيار المتعاقد.
- أركان العقد.

الفصل الأول

العيوب التي تصيب القيود القانونية على عملية التعاقد

وسنقسم هذا الفصل إلى الأبحاث الآتية:

- الإذن المالي.
- الاستشارات السابقة.
- ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد.
- ضرورة صدور قرار عن المجالس قبل التعاقد.

المبحث الأول

الإذن المالي

ما هو بديهي أن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد، أو تلتزم بمبالغ معينة إلاّ إذا وجد لديها الاعتماد المالي، وهذا تطبيق للمبدأ المتضمن أنه لا يسوغ لأية هيئة إدارية أن ترتبط بنفقة ليست مدرجة بكاملها في الاعتمادات التي جرى التصويت عليها في المجالس التشريعية[1].

وبالطبع فهذه القاعدة ليست مقصورة على النشاط العقدي للإدارة، بل تتعداه إلى كل نشاط.

بيد أن هنالك حقيقة جديرة بالتنويه، هي أنه إذا كان القانون المالي وثيق الصلة بالقانون الإداري، فالمسلم به أن القانون الإداري مستقل تمام الاستقلال عن القانون المالي، إذ له ذاتيته الخاصة، وقواعده المميزة وتفسيراته، وأهدافه التي تختلف عن أساليب وأسباب وتفسيرات وأهداف القوانين الأخرى[2].

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصورة على نطاق القانون المالي[3].

استناداً إلى ما تقدم فالفصل بين مجالي القانون المالي والإداري يرتب النتائج الآتية:

---

(1) د. عبد الإله الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، العقود الإدارية، 1986، ص 88.
(2) د. محمد حلمي مراد: مالية الدولة، القاهرة، 1957، دار النهضة العربية، ص 20.
(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1924/3/28 قضية JOUROU، مجموعة دالوز 1924، ص 29، مع تقرير: M. R. MAYER.

1- إن مخالفـــة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي، لا يرتب عليها بطلان التصـــرف الإداري، وبذلـــك فالعقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد، سواء أكان الاعتماد موجوداً أم غير موجود[1].

وهذا ما أطرد مجلس الدولة الفرنسي على القضاء به، فهو لا يجري على إلغـــاء امتـــناع الإدارة عـــن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفتها للقواعد المتصلة بالاعتمادات المالية[2].

لكـــن عدم وجود الاعتماد المالي يترتب عليه أثر عملي هام في مواجهة المـــتعاقد مع الإدارة، فهو لا يستطيع إجبارها على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية إلاّ بعد توفير المبالغ اللازمة لذلك[3].

ويـــبرر الفقه هذه النتيجة، بالاستناد إلى حالة الاستحالة التي يتواجد فيها المـــتعاقد مع الإدارة لجهة عدم إمكان تأكده مقدماً من وجود الاعتمادات المالية، ولأن الإدارة المـــتعاقدة قـــد احترمت القواعد المتعلقة بها[4] وعلى هذا الأساس يقصر الدكتور زكي محمد النجار هذه المخالفة على المسؤولية السياسية دون أن تمتد إلى مشروعية التصرف[5].

ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر أن تتبنى الأصول السابقة في حكمها الصادر في 1956/2/11 المتضمن ما يلي[6]:

---

(1) جيز: العقود الإدارية،ج1، ص5،-د.طماوي: الأسس العامةللعقودالإدارية، ص321

(2) حكمـــة الصـــادرة في 1931/11/25، قضية DAMS BOUDOUS، المجموعة، ص 1029.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي في: 1945/2/4 قضيةVILLARET المجموعة، ص8

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص74.

(5) كتابة نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 74.

(6) مجمـــوعة أحكام هذه المحكمة: السنة الأولى، ص 668 وإن كانت هذه المحكمة لم تعمـــل القـــاعدة الســـابقة بالنســـبة لنفاذ القرارات الإدارية التنظيمية الصادرة بشأن الموظفين.

الـــثابت فـــي فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير يعتبر صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم أو لو جـــاوزت الإدارة الاعتماد، أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد، أو إنفاذه، وإنما قد تستوجب المسؤولية السياسية، وعلة ذلك ظاهرة، وهـــي أن هـــذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتيـــة، وليســت تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخـــرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، إذ ليس في مقدور الفرد الذي تعاقد معها أن يعـــرف مقدمـــاً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبـــرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص لـــه الاعـــتماد، أو ليس في حدود الغرض، فكل أولئك الدقائق التي يتعذر على الفرد العـــادي بل الحريص الإحاطة بها ولو جعل صحة العقود أو نفاذها، رهنا بذلك، لمـــا جـــازف أحد بالتعاقد مع الإدارة أو لتعطل سير المرافق العامة. وفي جميع الأحوال فالإدارة تعتبر مرتكبة للخطأ، وهي مسؤولة في حدود ذلك.

2- **النتيجة الثانية:** إن اعتماد المبالغ اللازمة لا يلزم الإدارة بالنفقة سواء أصدر الاعتماد بقانون عن مجلس الشعب، أم بقرار عن مجلس من المجالس، ومن ثم ففتح الاعتماد ليس إلاّ مجرد إذن AUTORISATION DE DEPENSER.

بيـــد أن القـــانون قد يعطي سلطة الوصاية حق إدراج بعض المبالغ في ميزانية السلطات اللامركزية، وذلك عندما تمارس رقابتها على أعمال السلطات اللامركـــزية، فـــإذا تـــم ذلك عندئذٍ تصبح الإدارة اللامركزية ملزمة بإنفاق تلك المبالغ، وإبرام العقود الإدارية اللازمة لذلك[1].

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 224.

ولقد أدلى الفقه السوري دلوه في هذا الأمر، حيثُ تساءل الدكتور الخاني عن المعنى القانوني للموافقات المستندة إلى اعتمادات الميزانية ؟؟..

يجيب المذكور عن ذلك بأن لهذه الموافقات خصائص عامة أظهرت أنها تتوضح في مجال محدد بقوانين الميزانية بشكل محدد ودقيق، وهذا هو مبدأ عام أخــذت بــه الرقابة المالية، لكن مجلس الدولة المناط به التأشير على هذه العقود الإدارية لا يرى أنه يستطيع الأخذ به أو تطبيقه لأن رقابته على العقود سواء من قســم الفتوى والتشريع أو القسم القضائي رقابة قانونية، وليست حسابية أو مالية مــع التنويه بأن الرقابة المالية لديوان المحاسبات كانت موسعة، ثم انتقلت بشكل مختصر بعد زواله إلى الجهاز المركزي للرقابة المالية[1].

وفيمــا يتعلق بالعقود المبرمة من قبل الإدارة، فهذه العقود تسري وتربط الإدارة بالــتعاقد. رغــم عدم صحة موافقة السلطات المختصة على إجراءات أو نتائج الموازنة، أو رغم افتقاد هذه الموافقة[2].

حــتى ولــو كان الاعتماد مفتقداً بتاريخ التعاقد، فذلك لا يغير من الأمر شيئاً، ولا يوقف سريان العقد[3].

ولا يؤثــر عــلى حقوق المتعاقد كون الرقيب المالي الجاثم على النفقات (ديوان المحاسبات)، أو الجهاز المركزي للرقابة المالية، رفض التأشير على عقد هذه النفقة فيما إذا جاء رفض التأشير بعد التنفيذ الجزئي أو الكلي للعقد[4]. ويؤثر على العقد إذا جاء الرفض قبل إبرام العقد أو أي إجراء من إجراءاته[5].

---

(1) كتابه القانون الإداري، المجلد 4، المرجع السابق، ص 89.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1924/3/28 داللوز 924، ج3،ص29.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1931/11/25، المجموعة لعام 1931، ص 1029.

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1927/2/24، داللوز لعام 1927، ص 387.

(5) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص90.

أما ما يمكن أن تحتم به تدابير العقد إذا كان منفذاً ورفض التأشير عليه، فهو أن يصبح الاستحقاق ديناً على الخزينة يصرف من الديون العامة، ويقيد على الميزانية اللاحقة في العام القادم، لكن الصرف هنا ينحط إلى الحد الأدنى، عملاً بنظرية: لكل عمل أجر[1].

[1] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 90.

المبحث الثاني

الاستشارات السابقة

LES CONSULTATIONS PREALABLES

قـد يفرض المشرّع على جهة الإدارة المتعاقدة استشارة جهة معينة قبل إبرام العقد.

وهنالك أسباب عدة تحدو المشرّع لذلك، أهمها رغبته في تلافي المخاطر الاقتصـادية أو الفنية أو القانونية، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابتها السابقة على التصرف[1].

ولقد تضمنت المادة 44 من قانون مجلس الدولة السوري ما يلي:

لا يجـوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيـز أي عقد أو صلح أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة.

وهـذا الـنص – بإطلاقه وعمومه – يلزم كافة الوزارات – وإن كانت هـنالك نصـوص تلزم وزارة بذاتها – بضرورة أخذ رأي جهة معينة، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الإدارة المحلية في مصر الصادر برقم 124 لسنة 1960.

والقاعدة العامة في الاستشارات أنها على نوعين من حيث قوتها القانونية.

1- غير ملزمة، وهذا هو الأصل في كل حال لا ينص بها المشرّع على عكس ذلك، وبالطبع فعدم الإلزام بالاستشارة موضوعياً شيء، وضرورة الحصول على الرأي شيء آخر.

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مجلد 4، ص 81.

فـإذا فـرض المشرّع على جهة الإدارة المتعاقدة الاستشارة قبل التعاقد، فهي ملزمة باستيفاء هذا الإجراء، وإلاّ كان القرار الصادر بالتعاقد باطلاً[1].

2- أما إذا جعل المشرّع موضوع الاستشارة ملزماً للإدارة، بحيثُ لا تستطيع أن تخالفـه، فهـذا الإجـراء لا يمكن اعتباره من قبل الاستشارة بل يأخذ حكم التصـريح بالـتعاقد، وإن مخالفة الإدارة لهذا الإلزام لا تؤدي إلى بطلان التعاقد فحسب، بل إلى انعدامه[2].

وفي رأي الدكتور ثروت بدوي إن إلزامية الأخذ بالاستشارة، تجعل الجهة التي تعطي الرأي مشتركة في التصرف القانوني، أي يعتبر هذا التصرف صادراً عن سلطة إدارية مركبة[3].

ويطلق الدكتور الخاني على هذا الرأي تسمية ((الرأي الموافق)) ويحدد له وظيفتين الأولى هادفة ومسعفة والثانية الموافقة على كيفية إبرام العقد[4].

لكن إذا كان هنالك ظروف خاصة تحول دون الرجوع إلى مجلس الدولة، كمـا لـو اقتضت الظروف إبرام عقد في بلد أجنبي، هنا تطبق نظرية الظروف الاستثنائية، بحيثُ تقدر الضرورة بقدرها، ومن ثم إذا أمكن التفاهم بين الطرفين عـلى أن يكون الاتفاق بمثابة مشروع تعاقد تحت المراجعة القانونية من مجلس الدولـة فهـذا أولى، أما إذا تعذر ذلك، بحيثُ لم يكن ثمة مناص من إبرام العقد

---

(1) د. الطماوي: المرجع السابق، ص 346 وانظر لوبادير: العقود الإدارية، ص 141 وحكـم مجـلس الدولة الفرنسي الصادر في 1934/11/19 قضية CHAMBRE COMMERCE DE FRANCE داللوز 1937، ج1، ص29.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 347.

(3) كتابـة تـدرج القـرارات الإدارية، ومبدأ الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968 – 1969، ص 113.

(4) كتابة العقد الإداري مجلد4، ص 99، 100.

حـــتى لا تفــوت مصلحة عامة كبرى، فليس ثمة مانع من إبرامه على مسؤولية موقعيه[1].

وجديـــر بالذكـــر بالتنويه أن عدم الأخـــذ بالرأي غير الملزم هذا الأمر يعتـــبر إخـــلالاً بقواعد الشكل، وهنا لا نحتـــاج إلـــى نص قانوني لتقرير ذلك، لســـبب بســـيط هو أن التذرع بقاعدة لا بطلان إلاّ بنص، هذا التذرع يقوم على قاعدة مدنية، وليس على قاعدة من قواعـــد القانـــون العـــام، هذا فضلاً عن أنه لـــم يقصـــد من حماية الأشكال حماية مصلحـــة الأفراد فحســـب، بل المصلحة العامة ذاتها[2].

وقـــد لا يكـــون رأي اللجنة أو الهيئة يتعلق بالموضوع، بل يقتصر على الصياغة، كما هو الشأن في القرارات الإدارية التي يتولى مجلس الدولة صياغتها وفقـــاً للقانون، وهنا أيضاً يجري قضاء مجلس الدولة على بطلان القرارات التي لا يتولى المجلس صياغتها[3].

عـــلى أن بإمكـــان الإدارة أن تشير في كل حالة إلى المسائل المتماثلة، بمعـــنى أنـــه إذا ســـبق أن أخذت رأي الجهة المختصة في أمر من الأمور، فلا تثريب عليها أن تتصرف على ضوء هذا الرأي في جميع الحالات المماثلة.

وإذا فرض القانون ضرورة الحصول على عدة أراء متتالية، فيجب اتباع التسلسل الذي نص عيه القانون، وإلاّ كان القرار باطلاً، ويجب أن تكون الفتوى أو الـــرأي متعلقة بالموضوع الصادر بشأنه القرار، وأن يكون الموضوع برمته

---

(1) د. زكي محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 82.

(2) د. زكـــي محمد النجار: نظريـــة البطلان في العقـــود الإداريـــة، ص 84، وانظر د. الطماوي: القضاء الإداري، صنة 1970، ص 47.

(3) د. الطماوي: القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي،1970، ص 473.

مطــروحاً عــلى الهيـئة الاستشــارية، وبالتالي فالاستشارة الجزئية تؤدي إلى البطلان[1].

وإذا كان المفروض أن يصدر الرأي قبل صدور القرار فمن الواجب أن تكــون المــدة بين أخذ الرأي وإصدار القرار معقولة، بحيثُ إذا استطالت اعتبر القرار باطلاً[2].

ولقــد أتيــح للقضاء الإداري أن يدلي بدلوه في الموضوع في أحكام عدة نجــتزئ مــنها حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1957/2/19 الذي يقول فيه: إنه وإن كان رأي لجنة شؤون الموظفين إستشاري يملك الوزير الأخذ به أو إطراحه جانباً، غير أنه يلزم لصحة القرار الذي يتخذه الوزير الرجوع إليه، فذلك لازم، يــترتب عــلى إغفاله إهدار الضمانات التي كفلها القانون، وهذا ما يعيب القرار ويبطله.

---

(1) د. الطماوي: القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1970، ص 473.

(2) د. الطماوي: القضاء الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1970، ص 474.

المبحث الثالث

الإذن بالتعاقد

تمهيد:

قد يستلزم المشرّع ضرورة حصول الإدارة المتعاقدة على إذن بالتعاقد بالنسبة لبعض العقود الهامة، وهذا الإذن يختلف بالطبع عن شرط الاعتماد المالي باعتباره شرطاً لقيام الرابطة التعاقدية، وبالمقابل فالافتقار إليه يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد: NUL D'UNE NULLITE ABSOLUE [1].

إذ من المسلم به في الفقه الإداري الفرنسي أن هذا الإذن من النظام العام REGLES D'ORDRE PUBLIC لقيامه على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً، ومن جهة أخرى فلا يمكن مقارنة ذلك بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص[2].

وهذا ما أكده قسم الرأي في مجلس الدولة المصري في إحدى فتاويه المتضمنة: إذا كانت السلطة التشريعية – وهي مستقلة عن السلطة التنفيذية – لم تعبر عن رأيها، فإن إرادة الدولة لا تكون معيبة فحسب، بل معدومة إطلاقاً، أي أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع، يعتبر منها طغياناً على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة، ومتى انعدمت إرادة الدولة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 325.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 325 وانظر جيز: العقود الإدارية، ج1، ص21و31.

العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لا وجود له إنما هو مجرد واقعة مادية، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب عليه من آثار[1].

ولقد أكد قسم الرأي في فتوى أخرى هذا البطلان المطلق وفنّد المقولة التي تدعي أن تلك المخالفة ترتب فقط المسؤولية السياسية، وفي ذلك يقول القسم المذكور: إن الاختصاص في القانون العام يقابل الأهلية في القانون الخاص، وكما يشترط لكي يكون التصرف الفردي صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية أن يكون الموظف الذي يصدر عنه هذا التصرف مختصاً، وأن يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التي ينص عليها القانون، على أن الاختصاص في القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية في القانون الخاص، إذ الأصل في القانون الخاص أن الشخص ذا أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك، أما في القانون العام، فالأصل أن الموظف غير مختص إلاّ بالنسبة للمسائل التي ينص القانون على اختصاصه فيها، وفي الحال المعروضة فلا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية، فالتزامها باطل بطلاناً مطلقاً، ولا يترتب على هذا الالتزام أي شيء[2].

ولما كان الذي تبرمه الإدارة ودون الحصول على الإذن السابق يعتبر معدوماً، فالمتعاقد لا يستطيع أن يتمسك بالعقد في مواجهة الإدارة، وكل ما يستطيعه المطالبة بالتعويض إذا أضير، وسنده في ذلك ليست الرابطة العقدية غير القائمة، وإنما الخطأ التقصيري: BASE QUASI DELICTUELLE أو

---

[1] فتوى 22 سبتمبر 1954، مجموعة فتاوى المجلس، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة، ص 226.

[2] الفتوى رقم 162 ـــ 1950/5/18، مجموعة أبو شادي، ص 86.

الإثـــراء بلا سبب: ENRICHISSEMENT SANS CAUSE إذا استفادت الإدارة من تنفيذ العقد المعدوم[1].

أمـــا إذا استفاد الفرد من العقد المعدوم، فقد أفتى مجلس الدولة المصري بأن آثار العقد المعدوم والتي تمت في الماضي، لا يمكن المساس بها تأسيساً على حسن نية الطرف الآخر، وعدم مسؤوليته عن خطأ الدولة، كما أفتى المجلس بأنه لا ســبيل إلى تصـــحيح العقد المعدوم، وإن كان باستطاعة الإدارة أن تبرم عقداً مبـتدأ، عـلـى أسـاس احـترام القواعد المقررة، حيثُ تنشأ لأول مرة الرابطة التعاقدية[2]. وبالطبع، فالحصول على الإذن من البرلمان، وإن كان ضرورياً، إلاّ أنـــه لا يلزم الإدارة بالتعاقد، حيثُ تحتفظ بالتعاقد والعكس، وفي ذلك يقول قسم الرأي في مجلس الدولة المصري: " القانون الصادر عن البرلمان متضمناً الإذن، وإن كان شرطاً لازماً لإبرام العقد، إلاّ أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح، إذ يبقى لها أن تترخص في تقدير ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الإشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد[3].

هـــذا ونشـــير إلى أن الإذن بالتعاقد بأخذ حالات وصوراً متعددة، إذ قد يصـــدر عن البرلمان في صوره قانون أو قرار جمهوري، أو قرار صادر عن مجلس الوزراء، أو عن الوزير، أو أية جهة إدارية أخرى.

ويتضـــح مما تقدم أن هنالك حالتين أساسيتين للإذن، الأولى تصدر عن مجـــلس الشـــعب، والأخـــرى تصدر عن الجهات الإدارية، وسنعرض فيما يلي لهاتين الحالتين:

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 327.

(2) الفتوى رقم 162 ـــ 1950/5/18 مجموعة أبو شادي، ص 86.

(3) مجموعة أبو شادي: فتوى صادرة في 1993/1/25، ص 96.

الفرع الأول

1- الإذن بالتعاقد الصادر عن مجلس الشعب

- تضـمنت الفقـرة الخامسة من المادة 70 من الدستور السوري الصادر عام 1971 ما يلي:

إقــرار المعــاهدات والاتفاقــات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة، وهي معــاهدات الصــلح والــتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة أو الاتفاقات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية وكذلك المعاهدات والاتفاقــات الــتي تحمل خزانة الدولة نفقاتٍ غير واردة في موازنتها، أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة.

- وتضمنت المادة 146 من الدستور السوري الصادر عام 1950 ما يلي:

لا يجوز منح احتكار أو امتياز استثمار شيء من ثروة البلاد الطبيعية أو استغلال مصلحة عامة إلاّ بقانون ولمدة محددة.

ولا شـك أن الاحتكار أو الامتياز بطبيعته مخالف للحرية، لكنه قد يكون ضــرورياً لــتحقيق بعــض المشاريع الكبرى وفي مقدمة ذلك استثمار الثروات الطبيعية في البلاد[1].

وقد عددت المادة 21 من الدستور السوري الصادر عام 1950 في فقرتها الســابعة أهــم مصادر الثروة الطبيعية فقالت: المناجم والمعادن الصلبة والسائلة والمشــعة وأشــباهها والــثروات الدفينة في الأرض والمياه المعدنية والشلالات والحراج العامة والطرق العامة.

---

[1] د. منير العجلاني: الحقوق الدستورية، مطبعةالجمعةالعربية عام 1955، ص 416.

كمـــا أن الفقرتين /8-9/ من المادة 21 الآنفة الذكر نصت على أنّ منح رخـص التـنقيب عن المعادن وأشباهها بقانون، والأمر نفسه بالنسبة لمنح حق اســتثمار المعادن وأشباهها، وعلى أن تعطى الأولوية في ذلك لاعتبارات الدفاع عن البلاد وضمانات استقلالها.

وبإجــراء مقارنة بين الأحكام الواردة في دستور 1971 ودستور 1950 يتضح أن دستور 1950 كان أكثر صلة بالتقاليد الدستورية للأسباب الآتية:

1- لقـد أعـطى دستور 1950 حق منح الامتيازات للسلطة التنفيذية وعلق ذلك على موافقة مجلس الشعب.

2- وضع دستور 1950 مبدأ زمنياً على منح الاحتكار، في حين أن هذا الشرط مفقود في دستور 1971.

ولا شـك أن هـذا القيد الزمني يحمي البلاد من جشع المحتكرين ومن تآمر الأجانب المستقبلي[1].

3- وضــع دســتور 1950 مبدأ آخر هو إعطاء الأولوية لاعتبارات الدفاع عن البلاد وضمانات الاستقلال.

لقــد عقدت الفقرة /7/ من المادة 127 من دستور 1971 لمجلس الوزراء صــلاحية عقد الاتفاقات والمعاهدات وفقاً لأحكام الدستور، وهذا يعني أن مجلس الــوزراء هــو الــذي يبرم تلك الاتفاقات المتعلقة بمنح احتكارات أو امتيازات لاســتثمار الــثروة الطــبيعية أو الاتفاقــات الــتي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسســات الأجنــبية، فــي حين أن هذا الحق كان منوطاً بمجلس الشعب وفق دستور 1950.

---

[1] د. منير العجلاني: الحقوق الدستورية، مطبعةالجمعةالعربية عام 1955، ص 416.

ولا شك أن عقد هذه الولاية لمجلس الشعب أكثر ضماناً من عقدها للسلطة التنفيذية.

ولا أدل على وجهة نظرنا هذه ما جاء في الدستور المصري الصادر عام 1923 فقد تضمن هذا الدستور عدم جواز عقد قرض عمومي أو أي التزام يكون موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار، كل ذلك لا يجوز إلاّ بقانون.

والأمر نفسه بالنسبة للدستور المصري عام 1956 فقط حظر منح أي احتكار إلاّ بقانون إلى زمن محدد، وإن كان منح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة يتم بناءً على قانون.

وهذا ما سار عليه دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر عام 1958 فقد حظر منح أي احتكار إلاّ بقانون، إلى زمن محدد، وكذلك منح أي قرض أو ارتباط بمشروع.

ويظهر أن الدساتير الثورية سواء في مصر أم في سوريا أعلت من شأن السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، حيث برزت السلطة التنفيذية كسلطة مناط بها مهمة تاريخية وعقيدية هي مهمة التحويل الاشتراكي، لهذا كان لا بد من إعطائها مزيداً من الصلاحيات تفوق مهمة الدولة الحارسة التي شقت طريقها على يد دستور 1923 في مصر ودستور 1950 في سوريا.

وهذا ما أكده فتوى قسم الرأي مجتمعاً في مجلس الدولة المصري الصادرة في 1954/11/28، قالت هذه الفتوى: باستقراء أحكام الدساتير المقارنة، لا سيما البلجيكي والفرنسي يتضح أن هنالك عرفاً دستورياً مستقراً يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية بخصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية، غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة، بل

تقتصر على المرافق القومية الرئيسة والموارد الطبيعية الهامة، وإذا كانت معظم الدساتير خالية من نصوص صريحة تدون هذا العرف، وتقيم حدوده وبنوده، فقد تولــت القوانيــن هذا التحديد، فوضعت فاصلاً بين ما يجب من هذه التصرفات الرجوع فيه إلى البرلمان بسبب أهميته وبين ما تنفرد بإجرائه السلطة التنفيذية، والســائد فــي هــذه القوانين أن المرافق المحلية يترك أمر إدارتها إلى الهيئات الإقليمية والمحلية.

وفــي نظــرنا إن هــذا العــرف الدســتوري الــذي يميز بين المصالح والاحتكارات القومية وبين المصالح المحلية هذا العرف سليم، وكان على المادة 70 أن تحدد بدقة المقصود التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية، وما هي هذه الامتيازات، وهل هي بسيطة أم محلية، ولا يكفي كما جاء في الفقرة /5/ من المادة 70 ترك عبارة الشركات أو المؤسسات الأجنبية بصورة غامضة تثير الالتباس، وتفسح المجال للعبث بالمصالح والثروات العامة، وبالمقابل فكلما ارتقى الشيء كمالاً وأهمية، كلما انبرى النص القانوني للإحاطة به وضوحاً ودقة وضبطاً[1].

وعــلى أســاس الملاحظة الأخيرة انبرى الدكتور الطماوي لإقامة نظام لــتدرج البطلان في التصرفات الإدارية تبعاً لدرجة القاعدة التي يخترقها القرار، ومــا إذا كــانت قاعدة دستورية أم تشريع عادي صادر عن البرلمان، أم تشريع فرعي – لائحة[2].

---

(1) الفتوى رقــم 449 ــا 1954/11/28 مجموعــة فتاوى المجلس، السنة الثامنة ولا نصف الأول من التاسعة، ص 7.

(2) كتابه النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، طبعة 1966، ص 349.

ويــرى الدكــتور الخاني أن الفقرة /5/ من المادة 71 من الدستور تثير الالتباس بسبب غموض ألفاظ هذه الفقرة، حيثُ ورد فيها ما يلي: تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية، وهنا نتساءل عما إذا كانت العقود التي تتضمن امتيازات هي العقود المبرمة مع الشركات بشكل مطلق، أم هي الامتيازات التي تمنح للمؤسسات الأجنبية فقط، وما إذا كانت الامتيازات التي تمنح للأفراد تدخل في هذا التعداد.

إن روح الــنص – والكــلام للدكتور الخاني – تلزمنا التفريق بين كلمة شــركة، وبيــن كــلمة مؤسسة، فلا يقال إن الامتيازات الممنوحة إلى الشركات الأجنبية، وإلى المؤسسات الأجنبية هي المقصودة وحدها بهذا الحكم الدستوري، ذلــك لأن تقييد الحكومة بموافقة مجلس الشعب في منح الامتياز للشركات يعني الشركات الوطنية والأجنبية على السواء لأن اختلاف كلمة شركة، إنما ينصرف إلى الوطــنية والأجنبية على السواء وبالتالي فإن منح الامتياز للشركات الوطنية خاضــع لموافقــة مجــلس الشعب كالشركات الأجنبية لأن كلمة (أو) في علم أصول الفقه أداة للفصل بين كلمة وأخرى[1].

ويــرى الدكتور النجار أن الإذن بالتعاقد لا يختلف جوهرياً عن القضاء للأوصياء أو القامة بالبيع أو الشراء لحساب المشمولين بالوصاية أو القوامة، أي يجب توفر ارادتين إرادة السلطة التشريعية بوصفها صاحبة الحق في الترخيص بإبــرام العقد وإرادة السلطة التنفيذية بوصفها صاحبة الحق في إعمال مضمون الترخيص أو الإحجام عن إعماله، فإن لم تعبر إحدى السلطتين عن إرادتها على النحو المقرر في الدستور فلا يعتبر العقد قائماً ولا تكون بصدد عقد[2].

---

(1) كتابة القانون الإداري، مجلد 4، ص 93.

(2) كتابة نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 75.

ولكــن الســؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يجب أن يصدر في كل مرة قــانون خــاص، أم يكــتفى بقرارات صادرة عن رئيس مجلس الوزراء وفقاً: CONFIRMENENT حسب التعبير الفرنسي.

لقد انتهى البرلمان في مصر إلى قبول الرأي القائل بوجوب إصدار قانون خاص في كل حال يراد فيها منح التزام بمرفق عام، وفي حال العكس يقع العقد باطلاً لمخالفته الدستور، ولا يترتب عليه أثر[1].

ويثير الدكتور الخاني مسألة هامة مؤداها ما إذا كان منح الامتياز يحتاج إلى موافقة لاحقة من مجس الشعب ؟؟

يجيــب الدكتور الخاني عن ذلك بقوله: إن الموافقة اللاحقة – وخلافاً لما هــو عــليه الحــال بالنســبة للقروض – مندغمة بالإذن المسبق، وهذا ما يمليه النص[2].

وفي نظر الدكتور الخاني إنه يخضع لموافقة مجلس الشعب كل اتفاقية أو عقــد يحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في ميزانيتها[3] والمثال على ذلك في مــنح القروض، فهذا المنح يجري مجرى عقد القروض والاقتراض، في الحكم، أما باقي العقود التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في ميزانيتها، فحكمها حكم منح القروض[4].

---

[1] حكــم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية /167/ لسنة 9 قضايا مجلة السنة 10، ص 365.

[2] كتابة القانون الإداري، مجلد 4، ص 94.

[3] كتابة القانون الإداري، مجلد 4، ص 94.

[4] كتابة القانون الإداري، مجلد 4، ص 94.

الفرع الثاني

2- الإذن الصادر عن جهة إدارية

وهــذا الإذن يظهــر في حالات متعددة، لكنها مبعثرة ولا ينتظمها ناظم، ويرجع في ذلك إلى كل قانون على حدته، وإن كان أبرز مظاهر ذلك يتجلى في إطار الهيئات اللامركزية الإقليمية والمصلحية وفقاً لما يلي:

المطلب الأول

اللامركزية الإقليمية

ويظهــر هــذا الإذن فــي حال قيام سلطة إدارية مخولة بالتصديق على قــرارات سلطة إدارية أخرى أو الإذن لها بداءة بالتعاقد وسلطة الوصاية هذه قد تعقــد لــرئيس الجمهوريــة أو لرئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص تبعاً للنصوص المنظمة لذلك.

هكــذا تضــمن القانون رقم 124 لسنة 1960 ممارسة رئيس الجمهورية ((في مصر)) الوصاية في الأمور التالية:

1- تصــرف مجلس المحافظة بالمجان في مال من أمواله الثابتة أو المنقولة أو تأجيره بإيجار اسمي أوبأقل من أجر المثل لغير الوزارات والمصالح الحكومية.

2- القــروض الــتي تعقدها المجالس المحلية إذا زادت قيمتها على 20% من ميزانية المجلس.

3- قبول المجلس للتبرعات والمساعدات التي تقدمها هيئات أو أشخاص أجنبية.

وهــذه الصــلاحيات أنيطت في سوريا برئيس مجلس الوزراء، وهذا ما يتضح من المادة 93 من قانون الإدارة المحلية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 15 تاريخ 1971/5/11 المعدل بالقانون رقم 12 تاريخ 1971/4/20 المتضمن:

لا يجوز الحصول على قروض من جهات أجنبية إلاّ بقانون.

أما المادة 97 فقد أخضعت باقي الأمور إلى موافقة الوزير المختص، أو رئيــس مجلس الوزراء حسب الحال، ويكون للوزير التفويض في ذلك إذا نص قانون صريح على جواز التفويض.

وإذا مــا تعــاقدت الإدارة دون الإذن، فلا يسوغ للفرد المتعاقد أن يحتج بحسن نيته ذلك لأن الإدارة لا يمكن أن تعتبر مرتبطة معه، لكن هذا لا يعني أن صاحب العلاقة لا يستطيع أن يتمسك بأي حق تجاه الإدارة، بل يمكنه أن يطالب بــتعويض سواء على أساس شبه الجرم المستند إلى خطأ الإدارة أم على أساس شبه العقد المستند إلى الإثراء بلا سبب الذي استفادت الإدارة من تنفيذ العقد غير ذلك المأذون به[1].

وهــذا الأمــر ينطبق على العقود المبرمة دون قرار سابق من المجلس المختص كمجلس المحافظة، وعلى تلك الموقعة وغير المصدقة، أو على العقود التي جرى بشأنها مفاوضات، ولم تبرم في النهاية[2].

وهنالك ملاحظتان يقتضى التنويه بهما في هذا المجال:

1- هــذا الــرأي الأخير ينطبق أيضاً في مجال الوصاية على السلطة الإدارية اللامركزية المصلحية.

---

[1] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 92.

[2] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص92.

2- لا يمكــن مماثلة قواعد نقص الأهلية أو انعدامها في القانون الخاص، مماثلة ذلــك بقواعــد الاختصاص في القانون العام[1]. لأن تصرف ناقص الأهلية بمــالك شخصي له، ويجوز له إجازته بعد اكتمال أهليته والأمر على خلافه بالنســبة للاختصاص الذي يقوم على ولاية افترضها القانون بهذا الشخص بالذات واقتضى أنه الأكفأ بذلك وقيده بعدم التفويض به.

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص91.

المطلب الثاني

اللامركزية المصلحية

ولهـا صـورتان، الأولى الـرقابة على الهيئات الإدارية، والثانية على المؤسسات العامة.

وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النصوص التشريعية المنظمة لتلك الرقابة، وإن كـان الملاحـظ أن النصوص التشريعية تميل إلى خلق رقابة على الهيئات العامـة أكـثر اتساعاً منها على المؤسسات العامة، وهذا أمر يصدر عن طبائع الأشياء[1].

والغالب ألا يتم التصرف إلاّ بعد الحصول على الموافقة مقدماً، ومع ذلك فالاستئذان يغني عن الموافقة اللاحقة والتصديق[2].

(1) د. الطماوي: العقود الإدارية، ص 338.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 338.

المطلب الثالث

ضرورة صدور قرار عن المجالس الإدارية قبل التعاقد

من المعلوم أن الهيئات الإدارية اللامركزية تتمتع بالشخصية المنوط بها، ويمثـلها عادة هيئتان: مجلس منتخب أو معين، أو يجمع بين الصفتين، وعضو للتنفيذ[1].

هكـذا يمـر العقد بمرحلتين، مرحلة إصدار قرار عن المجلس باعتباره العضو المختص بذلك: L'organ deliberant

والـثانية تنحصـر في توقيع رئيس المجلس على العقد باعتباره عضو التنفيذ L' execution d'organ

ومـن الواضح أن قرار المجلس بالتعاقد: Le deliberant decidant de la conclusion du contrat.

هـو شـرط جوهـري لوجود العقد وسلامته، وهذا القرار على خلاف القرارات المتعلقة بالتصريح بالتعاقد ملزم لعضو التنفيذ، بحيثُ يتعين عليه إبرام العقـد، إذ المسلم به أن القرارات المتعلقة بالتصريح غير ملزمة، ومن ثم تحتفظ الجهة الإدارية المتعاقدة بحريتها كاملة في إبرام العقد رغم صدور قرار الموافقة على التعاقد من الجهة التي يتعين موافقتها[2].

ويجـب مـن ناحية أخرى لإبرام العقد في هذه الصورة أن يصدر قرار خـاص بالـتعاقد deliberant speciale، ولا يكفي وجود الاعتمادات المالية في

---

(1) د. المطاوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 338.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص340- د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 95- د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 79.

ميـزانية الهيـئة لـتمكن عضو التنفيذ من إبرام العقود التي خصصت لها تلك الاعتمادات[1].

وإذا ما تعاقد عضو التنفيذ بدون قرار سابق من المجلس، فإن عمله يغدو معدوماً من كل قيمة: SANS EFFET[2].

ويظل كذلك حتى لو اعتمدته جهة الوصاية[3].

والمسـلم به أن على المجالس المختصـة أن تصدر قراراتها بنفسها فلا تسـتطيع أن تفـوض اختصاصـها بالتعاقد إلاّ إذا سمـح لها الشرع بذلك صـراحة، وليس هذا إلاّ مجرد أصل من أصول قواعد الاختصاص في القانون الإداري[4].

ولا يمـلك عضـو التـنفيذ (رئيس المجلس) التوقيع على العقد إلاّ بعد الحصـول عـلى الإذن وموافقة جهات الوصاية، وإن مجرد صدور القرار عن المجلس بالتعاقد، وحتى تصديق جهة الوصاية، لا يقيم الرابطة العقدية، إذ أن هذه الرابطة لا تتم إلاّ بعد أن يتولى عضو التنفيذ توقيع العقد نيابة عن المجلس[5].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادرفي 1911/4/8، قضية ENE DE OUSUZQN مجموعـة سـيري، سـنة 1938، القسـم الـثالث، ص 48، مع تقرير المفوض RICHAT – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص96.

[2] حكـم مجـلس الدولـة الفرنسـي الصادر في 1850/2/7 قضية: GRELLIER، المجموعـة ص 138 حكمـه الصـادر فـي 1927/3/11، قضـية BARESU، المجموعة ص 324.

[3] حكـم المجلس الصادر في 1874/6/12 قضية BELLEGARORE، داللوز 187، القسـم الأول، ص161، وانظـر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 96 – وانظر د. النجار: النظرية العامة لبطلان العقود الإدارية، ص 79.

[4] مجـلس الدولـة الفرنسي ك 1936/3/20، قضية LOOF، المجموعة ص 356 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري مجلد 4، ص 97.

[5] مجلس الدولة الفرنسي: 1930/6/22، قضية VUITTON، المجموعة ص 181.

وهذا يعني أن المجلس يستطيع أن يسحب قراره الصادر بالتعاقد حتى اللحظة التي يوقع فيها الرئيس على العقد[1].

وبصدور قرار المجلس بالتعاقد يصبح عضو التنفيذ ملزماً باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام الرابطة التعاقدية، فإذا نكل تستطيع جهة الرقابة الإدارية أن تتدخل، وتستعمل سلطاتها لإجباره على تنفيذ قرار المجلس، ولها أن تحل محله في ذلك إذا كان القانون يخول لها ذلك، وإن كان الفرد الذي صدر قرار المجلس لصالحه لا يستطيع إجبار سلطة التنفيذ على إبرام العقد عن طريق القضاء، لكنه يستطيع المطالبة بالتعويضات على أساس الخطأ، أو على أساس الإثراء بلا سبب[2].

وقرار المجلس بالتعاقد ملزم لعضو التنفيذ بأن يحترم كافة الشروط والأوضاع المحددة في قرار المجلس، ولا يستطيع العضو أن يعدل في الشروط زيادة أو نقصاً[3].

ويملك المجلس أن يفوض عضو التنفيذ ببعض المسائل التفصيلية[4]. وهذا ما يجري في الهيئات الإدارية المحلية، إذ المجلس المحلي – سواء أكان مجلس محافظة أم مجلس وحدة إدارية – يقرر في جلساته إجراء عقد ما، لكنه لا يبرمه،

---

(1) مجلس الدولة الفرنسي: FABRIQUE DE L'EGLISHE 1883/6/1 ، والقرار 1885، القسم الثالث، ص 5.

(2) مجلس الدولة الفرنسي: 1939/5/12، المجموعة لعام 1939، ص 310 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 79.

(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1911/4/8، قضية DE DUSSE-SUSIEN، سيري 1913، القسم الثالث، ص 49.

(4) مجلس الدولة الفرنسي: 1904/1/5، قضية DELINAS، المجموعة، ص 132.

بـل الـذي يقـوم بذلـك هو المكتب التنفيذي لحساب الوحدة المحلية أو الوحدة الإدارية[1].

ولا يسـتطيع الجهاز التنفيذي أن يبرم سوى العقود التي يقررها الجهاز المحـلي، لأن الأخير هو المؤهل لأخذ زمام المبادرة في النشاط التعاقدي للجهة الإدارية التي يدير أعمالها[2].

والقـرار الصادر عن الجهاز المحلي ليس شرط لإبرام العقد فحسب، بل يجب أن يكون خاصاً بالعقد المعني[3].

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 95.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 95.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 95 – وانظر مجلس الدولة الفرنسي: 8/ 1911/4، سيري، لعام 93.

الفصل الثاني

في اختيار المتعاقد

تمهيد:

يتميز التصرف في القانون الخاص بأن المتعاقد يتمتع بقدر متيقن من الحرية، خلافاً للتصرف في القانون العام المسكون والمغموس في كتلة الشرعية.

ففي اختيار المتعاقد مثلاً يتحلل المتعاقد من القيود في حدود النظام العام، والأمر على خلافه بالنسبة للإدارة، فقد فرض عليها القانون جملة شروط وقيود، عليها أن تترسمها، وتخضع لأحكامها، من ذلك فرض إجراءات معينة، وهي في صدد اختيار المتعاقد، ومن أهم هذه الإجراءات، تلك التي تظهر في أعمال المناقصات والمزايدات العامة.

وفضلاً عن ذلك، فقد تلجأ الإدارة مباشرة إلى إبرام العقد في حالات حددها القانون، وهذه هي حالة عقود الممارسة.

وهكذا علينا أن نحفر في تربة الآليتين الآنفتي الذكر: آلية المناقصة والمزايدة، ثم آلية الممارسة، وذلك من أجل التماس حالات البطلان التي تتحقق في هذين المجالين.

المبحث الأول

البطلان في حال المناقصات أو المزايدات العامة

تمهيد:

هــذا وتشــير – بــادئ ذي بدء – إلى أن الفقه الفرنسي يستعمل عبارة ADJUCATIONS PUBLIQUES ويقصــد مــن ذلــك المناقصات والمزايدات العامــة، وهكــذا فإنــنا عندما نذكر إحدى الكلمتين، فإنما نقصد الأخرى بسبب خضوعهما لأحكام واحدة.

وهذه المنطقة أو المجال، تخضع للتضاريس الآتية:

1- التقدم إلى المناقصات العامة.

2- فحص العطاءات.

3- إرساء المزاد.

4- إبرام العقد.

ولا حاجــة للتأكيد بأن تعاملنا مع هذه المجالات بالقدر الضروري الذي يتفق مع البطلان ليس إلاّ.

الفرع الأول

التقدم إلى المناقصة

تمهيد:

لا حاجة للتأكيد بأنه يهيمن على اختيار الإدارة للمتعاقد مبدآن أساسيان، الأول هو ضرورة توفير أكبر قدر مالي لصالح الخزانة العامة، وهذا ما يؤدي إلى اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية، والثاني هو المصلحة الفنية للإدارة.

ولا شك أن المبدأ الأول يؤدي إلى تقييد إرادة الإدارة، والعكس بالنسبة للمبدأ الثاني الذي يتيح لها اختيار الأكفأ من الناحية الفنية، وغيرها، وهذا ما يعطيها مزيداً من الحرية من أجل تحقيق ذلك.

وبتفاعل هذين المبدأين، يتم تحقيق نقطة التوازن – والقانون بحد ذاته آلية فنية وصياغية يقوم في جوهره على ذلك – التي تبرز في مجال اختيار المتعاقد المبادئ الإجرائية الآتية:

1- مبدأ الإعلان.

2- مبدأ المساواة.

3- كيفية التقدم إلى المناقصة.

4- اعتماد المناقصة.

المطلب الأول

مبدأ الإعلان

يمكـــن تبســـيط الأمور والقول إن الإعلان هو بمثابة العرض في نظام القـــانون الخـــاص، فهـــو إيجاب يقوم به صراحة أو ضمناً شخص يوجهه إلى شخص آخر يقترح فيه إبرام عقد.

والغايـــة من هذا الإجراء هو إفساح المجال لأكبر عدد ممكن من الأفراد للتعاقد مع الإدارة، كما أن ذلك يحول دون قصر عقود الإدارة على طائفة معينة من المواطنين.

ويتصل هذا المبدأ بمبدأ آخر هو ضرورة العلنية الذي يقتضي النشر، أي نقل العرض إلى أكبر عدد من الأشخاص[1].

وهذا المبدأ ينطـــوي بالضـــرورة على التنافس المفتـــوح، لذلك يرفض الدكتور الخاني – خلافاً للدكتور طماوي – الفصل بين التنافس والإعلان[2].

هكـــذا تـــبدو أهميـــــة الإجـــراء المـــذكور، وعلى الإدارة أن تتقيـــد بالأوضاع التي يرتبها النص بهذا الخصوص، لجهـــة المـــدة، وكيفية الإعلان، والإجـــراءات المتـــبعة، وعـــدد المـــرات، وغير ذلك من الأمور تحت طائلة البطلان[3].

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 181.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 181.

(3) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص222 – د. النجار: نظرية البطلان فـــي العقود الإدارية، ص 87 – د. فؤاد العطار: وسائل تعاقد الإدارة، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، سنة 1955، ص 270.

عـلى هذا الأساس حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان المزاد إذا لم يتم بالطـريقة التي فرضها القانون، ألا وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك[1]: LA PUBLICATION PAR VOIE DE AFFICHAGE.

كذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بالبطلان إذا لم تحترم الإدارة المدة المقررة للإعلان[2].

والـنص القـانوني فـي سوريا يفرض خمسة عشر يوماً حداً أدنى قبل إجراء المنافسة (في المنافسة الداخلية)، أي التي يسمح فيها باشتراك متنافسين سـوريين أو عـرب، وخمسين يوماً قبل إجراء المنافسة الخارجية تلك المنافسة التي يقبل فيها اشتراك متنافسين أجانب[3].

ولقد أكدت اللجنة المختصة لمجلس الدولة السوري بقرارها رقم 50 لسنة 1975 بأن مهلة العلنية شرط أساس لصحة المنافسة[4].

ويـترتب الـبطلان أيضاً إذا مرت فترة طويلة بين الإعلان وبين تاريخ التقدم بالعطاء[5].

وقد رتب مجلس الدولة الفرنسي البطلان جزاء عدم تسليم أحد المتقدمين شروط المناقصة، أو عدم الكشف للمتنافسين عن الأوراق الأساسية للمناقصة[6].

---

(1) حكمه الصادر في 1931/3/26، قضية HELLING، لمجموعة ص 377.

(2) حكمـه الصـادرفي 1922/4/7، IMPREMERIE COMMERCIALE، المجموعة ص 249- وانظر د. النجار: نظرية البطلان، ص 87.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 181.

(4) د. الخاني: القانون الإداري، مجل 4، ص 181.

(5) د. النجار: نظرية البطلان، المرجع السابق، ص 87.

(6) حكمه الصادر في 1932/6/10، قضية: BIGOT، المجموعة، ص 572 – وانظر د. النجار: نظرية البطلان، ص 87 – و د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 181.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يرتب البطلان على المخالفات البسيطة كالخطـأ في الأرقام، إذا كان من السهل تبينه، وهكذا فقد ميز المجلس المذكور بيـن الشـكلية الجوهـرية، وبين الأشكال غير الجوهرية التي لا يترتب عليها البطلان، حال إغفال الإدارة تضمين الإعلان اسم السلطة التي تجري المزاد، أو حال حدوث خطأ في الأرقام من السهل تبينه[1].

وإذا مـا احترمت الإدارة القانون فلا ضير عليها من أن تلجأ إلى طرق إعلان أخرى ترى أنها أفضل في نقل رغبتها إلى الأفراد كالإعلان في الراديو أو التلفزيون أو السينما[2].

وبصـورة عامـة فأوضاع النشر وأشكاله يحددها القانون[3]، أما تقرير الـبطلان فيخضع للقواعد أو الأصول العامة في القانون الإداري، ومن ذلك ما نـص عليه المشرّع المصري بأنه يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت النظر في تجاوز مخالفات النشر على ضوء ظروف المناقصة، وأثر النشر على العطاءات المتقدمة في المناقصة.

ولقـد تساءل الدكتور النجار عن حكم تجاوز الوزير المختص لمخالفات النشر دون موافقة لجنة البت، وهل يترتب البطلان على ذلك.

لقد افترض الدكتور النجار الفرضيتين الآتيتين[4].

---

[1] حكمه الصادرفي1939/7/25، قضية GAUTRON، المجموعة، ص 529 وحكمه الصادر في 1929/1/28، قضية COM DE BEUSOLEIL، المجموعة، ص 4، – وانظـر د. النجار: نظرية البطلان، ص 87 والمحكمة الإدارية العليا في مصر حكم رقم 882 لسنة 10 قضائية مجموعة السنة 13، ص125.

[2] د. الخاني: القانون الإداري، مجل 4، ص 104، وما بعدها.

[3] د. الهاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 181.

[4] كتابة نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 78.

1- لا يمكــن تجاوز المخالفات الجسيمة في النشر كعدم الإعلان، أو عدم كفاية مــا تتضمنه صحيفة الإعلان، وإنما يمكن تجاوز خلاف ذلك كالمخالفة في مواعيد الإعلان، على اعتبار أن هذه المواعيد تنظيمية[1].

2- يجــوز الطعــن فــي قرار الوزير بالإلغاء بدعوى تجاوز السلطة إذا شاب تصرفه عيب من العيوب التي يتوجب إلغاءه، كما لو تجاوز مخالفات النشر دون أخذ رأي لجنة البت[2].

وغــني عــن القول إن مبدأ المنافسة المفتوحة – والعلنية آلية تحققها – يتجــلى فــي حرية الدخول في المنافسة العامة، والتي تتحقق عن طريق تقديم العطــاءات، وهــذه تؤلف المبدأ التقليدي لنظام المنافسة العامة، ومن ثم فإذا ما اقترنت بالعلنية المسبقة، فإنها تحقق التسابق الكامل[3].

ويمكــن رد ذلــك إلى الليبرالية الاقتصادية المؤسسة بدورها على تكافؤ الفرص، أو تساوي الأفراد تجاه المرافق العامة[4].

---

(1) حكم مجلس الدولــة الفرنسي في 1919/5/23، قضية FOUMER، المجمــوعة، ص 480، وحكمــه الصــادر فــي 1922/4/7، قضــية INPREMERIE COMMERCIALE ، المجموعــة، ص 460 وحكمه الصادر في 1935/7/25، قضية GOUTRON، المجموعة، ص 529.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 88.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 182.

(4) كتابه القانــون الإداري، ج2، سنــة 1970، ص 112- وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 187.

المطلب الثاني

مبدأ المساواة بين المتنافسين

تقـوم المنافسات المفتوحة على أساس عام، هو المساواة بين المتنافسين، ومفـاد ذلك حق كل من يملك قانوناً التقدم إلى المناقصات العام يملك الحق في الاشتراك على قدم المساواة مع باقي المتنافسين.

ويـتفرع عـلى ذلك حقيقة هامة هي أنه بمجرد توفر شروط أفضل من منافس، فـالعقد يحال إليه بقـوة القانون، وليـس للإدارة سلطـة تقديرية في ذلـك، وهذا هو مبدأ آلية المزاد. ومبدأ الإحالة التلقائية على العارض الأفضل، يقول " فيدل ":

LE CHOIX DU CONTRACTANT RESULTEE AUTOMATIQUEMENT DE L'ADJUCATION, ET LA COMPETENCE EST LIEE.

وتـرجمة ذلك: إن اختيار المتعاقد يتم بصورة آلية، واختصاص الإدارة هنا مقيد.

ويعد باطلاً كل تدبير يقرر – ولو بصورة غير مباشرة – للإدارة حقاً في استبعاد من ترسو عليه المنافسة[1].

والأمـر نفسـه إذا ما لجأت الإدارة إلى التراضي دون اتباع إجراءات المناقصة، فتصرفها هذا يورث البطلان، ويمتد ذلك إلى العقد المبرم[2].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1932/3/11، المجموعة، ص 308.

[2] د. الخـاني: القـانون الإداري، مجـلد4، ص 213 – وانظـر حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1909/2/5، المجموعة، ص 134.

ولقد أكد قسم الفتوى والتشريع في سوريا هذا المبدأ، ورفض التأشير على العديد من العقود، بسبب تنكب الإدارة العامة سبيل هذا المفهوم، وهذا ما يتضح من الرأي 50 لسنة 1975، حيثُ أكد قسم الرأي أن كسر الأسعار غير وارد، وأن إرساء المناقصات على من يكسر الأسعار مخالفاً للقانون[1].

ومن تطبيقات ذلك عدم إعطاء أي امتياز لشخص، أو إعفاء أحدهم من أداء التأمينات بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، كأن تطلب الإدارة من شخص أوراقاً خاصة لا تطلبها من آخر، أو أن تعتبر الإدارة المناقصة فاشلة، ثم تتعاقد مع أحد المشتركين وتمنحه سلفة، أو كان سبب امتناع عن التأشير على العقد، هو أن هذه السلطة لو ذكرت قبل إجراء المناقصة لتقدم عدد من الراغبين للاشتراك بالمنافسة، ولما فشلت[2].

وهنالك قيود قد ترد على مبدأ المساواة، وهي قيود تمليها ظروف واعتبارات وأوضاع قانونية، وبالتالي فهذه القيود لا تعتبر خروجاً على مبدأ المساواة وفيما يلي بعض هذه القيود:

1- طبيعة المناقصة، كالمناقصات المحدودة أو المحلية بطبيعتها، أو أن ينص القانون على قصر التعاقد على شركات القطاع العام، أو الشركات التي يساهم فيها القطاع العام.
2- اطمئنان الإدارة وتأكدها من صلاحية المناقصين أو المزايدين كأن تفرض عليهم أن يثبتوا قيامهم في عهود قريبة بأعمال تشبه الأعمال المطروحة في

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 191.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 191.

المناقصة أو المزايدة حتى لا تتعاقد مع المغامرين، وللإدارة سلطة تقديرية في ذلك[1].

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصـــر ذلك، قالت هذه المحكمة: حق الإدارة في استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هـــذه الأعمـــال مســـتهدية في ذلك إلاّ يتقدم إلى المناقصة إلاّ الصالحون القادرون[2].

ولقد أكدت المحكمة السالفة الذكر سلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية بأنـــه عـــلى صـــلة بشركة أساءت في تنفيذ بعض العمليات، وأن قدرته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير[3].

كمـــا حكمـــت هـــذه المحكمـــة بصحة استبعاد شخص من الدخول في المزايدات لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل إلى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته في تهريب المخدرات والأسلحة.

وقـــد يكـــون الأقصـــاء بسبب تنفيذ المتعهد لعقده السابق، وهنا تضيق الـــرقابة، وتقتصـــر عـــلى هـــذا الخطأ، أي إن القضاء يراقب الأمور في هذه الحدود[4].

---

(1) مطول " لوبادير " في العقود، ص 27 – وانظر د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 224.

(2) الحكـــم الصادر في 1957/4/21، برقم 2946، سنة 7 قضائية، بهجت سلمان ضد وزارة الأشغال.

(3) حكمها الصادر في 1955/11/29، المجموعة، السنة العاشرة، ص 54.

(4) د. الخاني: القانـــون الإداري، مجلد 4، ص 191 – وانظر د. الطماوي: الأسس العامة للعقود.

ومزايدات الدولة، وما تزال هذه القرارات تنفذ من قبل اللجان، ولا يزال القضاء الإداري يلقي ذلك[1].

ذلـــك أن مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المنافسة ذاتها يأبيان إصدار مثل هذه القرارات، لأن تقدير ما إذا كان هذا الشخص أو ذلك ممن يجب قبول عروضهم لســبب ما، تقدير يدخل في اختصاص اللجان (لجان المناقصات أو المزايدات) ذاتها، حتى الأسباب التي حدت مجلس الوزراء إلى أن يصدر هذا الحرمان من الدخـــول، إنما هي من المواد التي تدخل في نطاق هذه اللجان حصراً من حيثُ التقدير [2].

وإذا كان الاستبعاد ليس له ما يبرره، فذلك من باب أولى بالنسبة للأبعاد لأسباب سياسية[3].

---

(1) د. الخاني: القانـــون الإداري، مجلد 4، ص 183، وقـــد استشهـــد بحكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم 59 لسنة 1977 (غير منشور).

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 183.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1950/8/4، المجموعة، ص 123.

المطلب الثالث

كيفية التقدم إلى المناقصة

لا بد من ملاحظة هامة نزجيها في هذا الشأن، وتتعلق بكافة أبحاث هذا الكتاب، هذه الملاحظة تؤكد أنه من المتعذر علينا تقصي كافة جوانب البطلان لسبب بسيط هو أن هذا البطلان عمل سلبي، ومنطقة السلب، هي نفي للإيجاب، وبذلك فهي وعرة المسالك ومتعددة الجوانب، ولا يمكن الإحاطة الكاملة بها، وكل ما يمكن إجراؤه – كعمل المساح – تسجيل الرؤوس البارزة.

واستناداً إلى ذلك فستشير إلى بعض الجوانب في هذا الموضوع، وهي ذات التضاريس المتعرجة، تاركين الباقي للقواعد العامة.

ومما لا شك فيه أن أول واجب على الإدارة – وكما قلنا سابقاً – تحديد مهلة معقولة كيما يتاح لذوي الشأن التفكير في المناقصة والتقدم بعطائه على ضوء مصلحته.

ومما لا ريب فيه أن مراعاة تلك المدة أمر ضروري بالنسبة للإدارة والأفراد، تحت طائلة سقوط حق المناقص في الاشتراك، وعدم حق الإدارة في قبول العطاء بعد انتهاء المدة المقررة.

والقاعدة المسلم بها في فقه القانون الإداري أن المناقصين والمزايدين يلتزمون بمجرد تقديم عطاءاتهم: LES SOUMISSIONS، ويجري القضاء في فرنسا على احترام هذا المبدأ بغاية الصرامة، فهو لا يسمح للمناقص أن يسحب عطاءه قبل البت فيه، كما لا يسمح له أي تعديل فيه[1].

---

[1] حكمه الصادر في 1919/7/9، قضية GRANDE، المجموعة، ص 616.

وعلى الإدارة أن تبت في العطاءات خلال المدة المحددة، فإذا انقضت المدة تحلل المتقدم من عطائه[1]. وأصبح من حقه استرداد التأمين، ولا يجوز للإدارة أن تلزمه بعطائه دون قبول صريح من جانبه.

ومما يثار في هذا الصدد مسألة طلب الإدارة مهلة جديدة لنفاذ العطاءات.

ذلك أنه إذا قبل المتقدمون كلهم أو بعضهم هذا المد فلا صعوبة في الأمر، إذ يلتزم القابلون بعطاءاتهم المدة الجديدة.

ولا صعوبة في الأمر كذلك إذا رفض المتقدم نفاذ عطائه لمدة إضافية[2].

لكن الصعوبة تقوم عند التزام المتقدم جانب الصمت فكيف نفسر صمته؟؟..

لقد أفتى مجلس الدولة المصري في إحدى فتأويه القديمة نسبياً، الصادرة في 1951/1/5، بأن الإدارة إذا أرادت مد المدة، وأعلنت مقدم العطاء بذلك، وحددت له مدة معينة لإبداء رأيه، فالتزم موقفاً سلبياً، فهذا الموقف يجب أن يحمل على معنى القبول.

ولكن قضاء المجلس الآنف الذكر جرى على عكس ذلك[3]، وإننا نحيل القارئ إلى تلك الأحكام، وإن كنا نجتزئ – ولأهمية هذا الحكم – بعض فقرات حكم المجلس الصادر في 1958/6/5 القائل[4]: ومن حيث إنه يتضح من الوقائع المتقدمة أن مدة سريان عطاء المدعى انتهت، ولما أن كتبت له الكلية بعد ذلك للموافقة على مد المدة لم يرد على الكلية، ولا يمكن اعتبار عدم رده موافقة منه على المدة، إذ لو أن نيته انصرفت إلى الموافقة لبادر إلى إبلاغ الكلية موافقته، ومن ثم تكون الكلية على غير حق إذ اعتبرته مرتبطاً بعطائه.

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 252.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 252.

(3) من أهمها الحكم الصادر في 1957/4/28، القضية رقم 535.

(4) القضية رقم 1138، لسنة 10 قضائيـة، السيد أمين حسن علي، ضد وزارة التربية والتعليم وجامعة الإسكندرية.

وقـد يكـون الإبعـاد على أساس أن الشخص غير مرغوب فيه استناداً لـتقدير عـام مؤسـس على وضعه وأهليته، وهنا يكون تقدير الإدارة متروكاً لترخصـها، ولا يجوز للقضاء مناقشته لأنه مؤسس على مصلحة المرفق، فهي قوامه عليه، وأدرى بمصلحته من سلطة القضاء[1].

ولا غـبار عـلى الاسـتبعاد إذا استعمل المتقدم إلى المناقصة الغش أو الرشوة لأحد الموظفين، أو اتخذ المناقصة ذريعة لأمور أخرى[2].

وبالطـبع فالـنص قد يقرر بعض الاستثناءات على مبدأ المساواة، كأن تخفـض التأميـنات عـن بعض الفنيين المسجلين في الاتحاد المهني، أو إعفاء الشركة العامة للإنشاء والتعمير أو استثناء بعض شركات القطاع العام، وبالطبع فلا استثناء إلاّ بنص[3].

ولا حاجة للتأكيد بأن قرارات الإبعاد هي قرارات إدارية منفصلة: acte decheable، يجوز الطعن فيها استقلالاً[4]، وهي تدخل في ولاية قضاء الإلغاء، وليس في ولاية قاضي العقد[5]. كما سنفصله في المستقبل.

ويؤكد الدكتور الخاني أنه لا تزال تصدر عن رئاسة مجلس الوزراء في سـوريا العديد من القرارات بحرمان هذا الشخص أو ذاك من دخول مناقصات

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1925/11/25.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 323.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 223.

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 323.

(5) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 323.

المطلب الرابع

اعتماد المناقصة – لجنة فض المظاريف

وكمـــا قلنا سابقاً لا يلتفت إلى أي عطاء ورد بعد المدة، وإن كان يجوز لــلوزير – في مصر – وبموافقة لجنة البت النظر في التأخر، شريطة أن تكون تلك الأسباب خارجة عن إرادة المتقدم للمناقصة[1].

وبالطــبع يجــب أن يكون فتح المظاريف في الساعة واليوم المحددين، وعلى اللجنة أن تنهي عملها في الجلسة نفسها[2].

وهــنالك ملاحظــة جديــرة بالتنويه هي أن قبول العارضين غير قبول العرض، وعادة يبحث بداءة في قبول العارضين.

ولقــد أعــطى مجــلس الدولة الفرنسي للإدارة سلطة تقديرية في قبول العارض، وإن كان بعض الفقهاء في سوريا يعيبون هذا المسلك[3].

والأعمــال القانونيــة التي تصدر عن اللجنة، سواء برفض العرض أم العارضــين، هي قرارات إدارية، تخضع – لما تخضع له هذه القرارات – لكل مــا يتعــلق بالنظرية العامة للقرارات الإدارية، وإن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبيب هذه القرارات[4].

وبديهــي أن اللجنة لا تملك رفض مناقص، وهي من باب أولى لا تملك قبول مناقص لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة[5].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 261.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 260.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 195.

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي، 1934/4/6، المجموعة 1583،934.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا، 1976/10/18 الطعن رقم 155.

ومما لا شك فيه أن ما يصدر من قرارات عن لجان فحص العطاءات إنما هي قرارات تمهيدية: Preliminaires تمهد لإبرام وميلاد العقد، وهنا نتساءل عن الأثر المترتب على مخالفة هذه اللجان لقواعد اختصاصها، كما لو قامت بتعديل شروط المناقصة مثلاً.

لا شك أن قرار اللجنة في هذه الحال يكون معيباً مستوجباً بطلانه، وكذا لو شاب تصرف هذه اللجان عيب شكلي أو عيب عدم الاختصاص.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما أثر ذلك على العقد ؟؟؟ هل يبطل ؟؟.. أم يظل قائماً حتى يبطله القاضي ؟؟.. هذا هو موضوع بحث سنعالجه في المستقبل.

وغني عن البيان أن القواعد التي تحكم إجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للإدارة إن شاءت تنازلت عنها، بل هي قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء، وقد قصد منها كفالة احترام مبدأ المساواة، وبذلك فهذه القواعد بمثابة قانون التعاقد في موضوع المناقصة، وهي تلزم الإدارة والأفراد على السواء، ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الإدارة من قرارات[1].

وكما قلنا سابقاً فالقرارات التي تصدر عن اللجنة إنما هي قرارات تمهيدية، وبالتالي فالإدارة حرة في الاستمرار بإبرام العقد، أو العدول عن المناقصة إذا رأت أن المصلحة تدفع لذلك[2].

وننوه استطراداً أنه صدر في سورية المرسوم التشريعي رقم 288 تاريخ 1969/9/23 المتضمن في المادة 33 ما يلي:

---

(1) محكمة القضاء الإداري في مصر: 1957/6/27، السنة 11، ص 172- وانظر - د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 283.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 280.

1- تتولى لجنة المناقصة التدقيق في العروض في جلسة سرية.

2- تحال العروض التي تتوافر بها الشروط إلى لجنة فنية.

3- تقوم اللجنة الفنية بتفريغ العقود في جدول.

4- يمكن للوزير اعتماد مكتب خبرة استشاري لتولي مهمات هذه اللجنة أو بعضها.

وعلى الرغم من نعت رأي اللجنة بأنه توصيات، فإن مجلس الدولة اعتبر هذا الرأي شرطاً لصحة العقد[1].

ولا ريب أن الإدارة مقيدة باحترام شروط المناقصة وقواعدها الموضوعية وسلطتها في هذا الشأن مقيدة .. ولا تقدير لها في ذلك.

ولكن ما هو الشأن بالنسبة لقواعد الشكل والإجراءات، وهل تأخذ هذا الحكم، وهل على الإدارة احترام ذلك مهما كانت ضئيلة، أم يجب أن تحترم القواعد الجوهرية في الشكل والإجراءات[2] ؟؟..

يجيب عن ذلك الدكتور الطماوي بالقول بأنه يحق للإدارة استبعاد العطاء المخالف للقواعد الآنفة الذكر، ولكنه يتساءل: هل عليها حتماً واجب إقصائه[3].

يرى الدكتور الطماوي أن علينا أن نوائم بين اتجاهين متعارضين تماماً، الأول: القول بإلزام جهة الإدارة باستبعاد كل صاحب عطاء مخالف لقواعد

---

(1) رأي الجمعية العمومية في مجلس الدولة السوري رقم 50 لعام 1975 فقد أعتبر إجراءات العقد الواردة بالمرسوم التشريعي رقم 288 من النظام العام، وحظر على الإدارة تأخير قيام هذه اللجنة بمهامها إلى ما بعد فحص لجنة المناقصات للعروض، وقد أكد رأي الجمعية العمومية على أن مطالعة اللجنة الفنية يجب أن تسبق عمل لجنة المناقصة وفق العروض.

(2) انظر في تفصيل الإجابة على هذه التساءلات – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 285 وما بعدها .

(3) المرجع السابق، ص 286.

الإجراءات آياً كانت ضآلة تلك المخالفة وتفاهتها، وهذا يعني أخذ الإدارة بالشدة التي لا مبرر لها.

الثاني: القول بإلزام جهة الإدارة بتفادي طرح المتنافسين الذين تنكبوا الأوضاع الشكلية، وهذا يعني إهدار الضمانات التي وضعتها الإدارة لصالح المتنافسين.

ولقد قدمت محكمة القضاء الإداري في مصر حلاً وسطاً في هذا المقام مميزة بين المخالفات الجوهرية من جهة وغير الجوهرية من جهة أخرى، وبذلك – حسب رأيها – يتعين على الإدارة أن تبادر إلى استبعاد كل متقدم بعطاء يكون قد خالف وضعاً جوهرياً، وبالتالي يكون لجهة الإدارة سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد من يكون قد خالف قاعدة غير جوهرية من المتنافسين، فمثل هذه القواعد قد فرضت لصالح جهة الإدارة وحدها[1].

وما يتصل بهذا الموضوع الآنف الذكر مدى سلامة الشروط التي ترد في دفاتر الشروط المتضمنة أن الإدارة غير ملزمة بقبول أي عطاء كان، حتى لو كان الأقل ولا يحق لأحد مطالبتها بإبداء الأسباب.

لا شك أن الغاية من ذلك هو تحرير الإدارة من آلية إرساء المناقصة، لكن ذلك لا يعني تحريرها من كل قيد، وبالتالي فاللجنة ملزمة بأخذ الأفضل تحت طائلة بطلان قرارها[2].

---

[1] مجموعة أحكام هذه المحكمة، السنة العاشرة، ص 359، وهو حكم مطول أورده الدكتور الطماوي في كتابه الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 287، ويلاحظ أن هذا الحكم ضرب عدة أمثلة ميز فيها بين الأشكال الجوهرية في اختراق المناقصة والأشكال غير الجوهرية.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر: 1957/6/27، السنة 11، ص 172.

المبحث الثاني

التعاقد عن غير طريق المناقصة

مما لا جدال فيه أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهذا مبدأ يسوس ويسود دائرتي القانون العام والخاص.

ذلـــك أن الســـلطة الإدارية عندما يناط بها مرفق معين، أو نشاط محدد، فهي مسؤولة في هذا الإطار، ومن هذه المسؤولية تنبع أيضاً فكرة السلطة، سنداً للأصل المشهور: حيثما تكمن المسؤولية تكمن السلطة.

والغـــالب الأعـــم أنه قد لا يحدد القانون للجهة الإدارية أساليب وطرق تعاقدهـــا – وأنى له القدرة على ذلك – عندئذٍ ترجع إلى الأصل العام، ألا وهو أنهـــا مسؤولة، وفي الوقت نفسه فهي حرة في إجراء التعاقد، والعكس بما يتفق مع مسؤوليتها.

عـــلى هذا الأساس – ورغم أهمية عقود المناقصات والمزايدات العامة وتوسع دائرتها اطراداً – فالأصل هو حرية الإدارة في التعاقد، وبالطبع فطريقها إلى ذلك هو عقد الممارسة أو الإنفاق المباشر: Les marches de gres a gre

وإذا كانت الإدارة حرة، وتتمتع بسلطة تقديرية في إبرام عقود الممارسة، إلاّ أنها ليست سلطة تحكمية. Arbitraire، ومتحللة من كل قيد، وفي ذلك قضى مجـــلس الدولة الفرنسي بقوله: إن حرية الإدارة في هذا المجال ليست إلاّ سلطة تقديرية بطبيعة الحال، ويتعين عليها أن تستعملها في حدود الصالح العام، بمعنى أنها إذا رفضت التعاقد مع فرد بذاته للإضرار به، أو لمحاباة غيره، فعملها هذا يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، وبالتالي يخضع لرقابة الإلغاء[1].

([1]) حكمه الصادر في 1954/10/20، قضية، ETABLE. PINON ACTUAL. JUR. 1945,11, 498.

بل إن مجلس الدولة يكتفي في بعض الأحيان بالقرائن[1].

والـــتعاقد المباشر للإدارة يظهر في تحققـــات متعددة أظهرها الممارسة عـــن طـــريق إجراءات المناقصــــة Les marches sur appel d'offers، حيـــثُ تحتفظ الإدارة بعد فرز العطاءات بحرية تامة، إذ تستطيـــع أن تطلب من متقدم أو أكثر أن يخفضوا قيمة عطاءاتهم، كما لها الحـــق بأن تجري ممارسة جديدة بشروط أخرى، فضلاً عن الاحتمال العادي أو القائم على اختيار أحد المتعاقدين بحرية.

مع ذلك فالإدارة تلتزم باعمال قاعدة المساواة التامة فيما يتعلق بممارسة المـــتعاقدين، وفـــي خصوص فرز* العطاءات، وعلى هذا الأساس يعتبر إخلالاً بقـــاعدة المساواة أن تفضل الإدارة المتقـــدم الذي يقبـــل سعراً ينقص مثلاً 5% عن أقل سعر متقدم به غيره[2]، كما أنها إذا ألم تكـــن ملزمة باتباع هذه الطريق أو تـــلك، فإنها تلتزم بإجراءاتها فيما أعلنت مختـــارة أنها سوف تتبعها بالنسبة إلى عقد معين[3].

وهـــنالك صـــور أخرى لعقد الممارسة، منها التعاقد عن طريق الاتفاق المباشـــر أو بفـــاتورة أو مذكـــرة، حيثُ تلجأ الإدارة إليها في حال الاستعجال: urgence، وعند رغبتها في القيام بدراسات أو تجارب معينة.

ومن هذه الصورة أيضاً التعاقد إثر منافسةun marches sur concours

وفي هذه الصور المختلفة للتعاقد المباشر، فالإدارة تقع في منطقة الحرية وتقديـــر الملاءمـــة في وضع القواعد التي تحكم سلوكها، ومع ذلك فهي تلتزم

---

[1] حكمه الصادر في 1937/3/5، قضية PETOT، المجموعة، ص 274 – ومطوّل " لوبادير " في العقود ط1956، ج1، ص 309.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 300.

[3] مجلس الدولة الفرنسي: 1960/3/9، قضية MASSIODA المجموعة، ص 187.

بموجبات هذه القاعدة التي وضعتها سنداً للمبدأ القانون القائل : التزم القانون الذي وضعته بنفسك[1] SOUFFRE LA LOI QUE TU NAFAITES TOI MEME

واستناداً إلى المبدأ المذكور، فالإدارة إذا كانت حرة في اختيار رأي متعاقد دون أن تلتزم الترتيب الذي تسفر عنه المسابقة، إلاّ أن مجلس الدولة يقيد حريتها بأن تختار عطاء مطابقاً للشروط التي أعلنت عنها، بحيثُ لو اختارت عطاء غير مطابق للشروط – على الأقل من حيثُ المميزات الجوهرية – فإنه يلغي قراراتها[2].

كما أن الإدارة لا تستطيع أن تمنح فرداً ما ميزات ثم تحجب ذلك عن الآخرين، ومظهر ذلك مثلاً أن تسمح له بإجراء تعديل على عطائه بعد تقديمه[3].

---

(1) د. ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968 – 1969، ص 85.

(2) مجلس الدولة الفرنسي: 1944/3/17، قضية EDELMANN، وحكمه الصادر في 1935/11/8 – قضية EBRARK، المجموعة، ص 1030.

(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1936/6/10، قضية BOUGOT، المجموعة، ص 630.

الفصل الثالث

عملية التعقد في ذاتها

والعيوب التي تنشأ في هذا المجال

تمهيد:

هـــذا وسنفرع على هذا الفصل ثلاث أبحاث نتكلم في البحث الأول على العيوب التي تنشأ من مخالفة قواعد الاختصاص على أن نتكلم في البحث الثاني على العيوب التي تنشأ من مخالفة قواعد الشكل والإجراءات أما البحث الثالث فسنخصصه لدراسة العيوب التي تقترن بأركان العقد الإداري.

المبحث الأول

الاختصاص بالتعاقد

والعيوب التي تنشأ في هذا المجال

مـن المعـلوم – جدلاً – أن قواعد الاختصاص في القانون العام تقارب قواعـد الأهـلية في القانون الخاص، مع فارق هو أن هذه القواعد من متعلقات النظام العام، لسبب بسيط هو أن القانون عندما يعقد الاختصاص لشخص ما، فهو يقيـم قرينته على أن ذلك الشخص هو الأكفأ في ممارسة الاختصاص المذكور، وبذلك فعيب عدم الاختصاص هو عدم القدرة على مباشرة عمل إداري معين[1].

ويتفرع عن ذلك النتائج الآتية:

1- تتسـم قواعد التفسير في هذا المجال بالصرامة RIGIDITE حيث تتجه تلك القواعد نحو التفسير الضيق.

2- لا يجـوز الـتفويض في هذا المجال سواء بالنسبة للقرار أم للعقد إلا بنص قانوني، وفي حدود النص[2].

وفـي هـذا الصدد يؤكد الدكتور الخاني أن يجري بكل خصوص تفويض خاص لا عمومية فيه وينقضي التفويض بانقضاء العقد[3].

3- لا يحق لصاحب الاختصاص أن يمارس نشاطاً آخر غير اختصاصه حتى لو كان وراء ذلك فائدة للإدارة.

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 281.

[2] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 347.

[3] كتابه القانون الإداري، مجلد 4، ص 102.

ويذهب الفقيه " جيز " إلى أن توقيع العقد من سلطة إدارية غير مختصة، هـذا التوقيع يجعله معدوماً لا باطلاً، والأمر نفسه بالنسبة للتفويض بالتوقيع إذا جاوز المفوض إليه حدود التفويض[1] وهذا هو رأي الفقيه " بيكينو "[2].

وعلى العكس من ذلك، يرى دي لو بادير، أن العقد في مثل هذا الحال لا يكـون معدومـاً، الـلهم إلاّ إذا لم يتم إبرامه نهائياً من السلطة المختصة أو من غيرها.

وبالمقـابل فالعقد الذي يوقعه موظف غير مختص، هو عقد باطل، وليس معدوماً، ومع ذلك، فهذا الفقيه يسرع للتأكيد بأن البطلان هو بطلان مطلق، لأن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام[3].

لكـن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما الفارق بين الانعدام والبطلان في هـذا الصـدد، لا سـيما أنـه يتعذر تصحيح البطلان بالتقادم، أو بإقرار الجهة المختصة[4].

هذا وفي إطار الفريق الذي يهجر فكرة الانعدام تميز فريقاً يلحظ الحالتين الآتيتين[5]:

1- حالة ما إذا لم يكن العقد قد أبرم في الحقيقة من السلطة الإدارية، هنا لا يعد مـا تم أن يكون مجرد محادثات (مفاوضات)، وبالتالي لا توجد أية رابطة

---

(1) مؤلفه عن العقود الإداريـة، ج1، ص45 – وانظر – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 353.

(2) د. النجار: نظرية البطلان، ص 282.

(3) مؤلفه في العقود الإدارية، ج1، ص 173.

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 354.

(5) د. الـنجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 282 – و–د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 103.

تعاقديـــة، وتعــد هــذه الحالة من حالات البطلان أو الانعدام، إذ لا تقترن بالعنصـــر الجوهـــري لتكوين العقد، ألا وهو قرار إبرامه، وليس أمامنا – بالتالي – سوى مشروع عقد[1] SEMBLE PROJET.

2- حالـــة ما إذا كان العقد قد أبرم ((وقع عليه)) من جانب سلطة إدارية غير مختصـــة بإبـــرامه قانوناً، هنا يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، لتعلق قواعد الاختصاص الملزمة بالنظام العام.

وكذلك الأمر بالنسبة للقرار المعدوم الذي يدخل في تكوين العملية المركبة ((عقد مثلاً)) فيترتب عليه بطلان العملية بطلاناً مطلقاً[2].

وينتهي الدكتور النجار للتدليل بأنه لا يكون هنالك انعدام للرابطة التعاقدية إلاّ فـــي حـــال نكـــول الجهة الإدارية المختصة عن إبرامه، وذلك إذا قدرت أن المصـــلحة العامة تقضي بذلك، ما لم يكن قد تم من الإدارة والمتقدم للتعاقد وعد بالتعاقد، أو حالة انتهاء التفاوض ((دون إبرام العقد))، في مثل هذه الحالات لا توجد رابطة عقدية[3].

هكـــذا أكـــد مجلس الدولة الفرنسي بأن قيام الإدارة بإبرام عقد إداري – وهي غير مختصة بإبرامه – يشكل في جانبها خطأً جسيماً يستتبع مساءلتها، ولو أن العقد يصير باطلاً، وكأن لم يكن[4].

---

(1) وانظـــر أيضـــا إضافـــة إلى ما سبق حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 21/2/1913، قضـــيـــة BOUDET، المجموعـــة، ص 257، وحكمـــه الصادر في 22/6/1932، قضية VIUITTEN، المجموعة، ص 81، حيثُ قضى هذا المجلس بانعدام العقد لعدم صدور قرار إبرامه.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 21/10/1949، قضية MINTRE،.. 950 ج1، ص 76 مع تعليق فالين.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 283.

(4) حكمه الصادر في 31/6/1968.

وهذا الحكم الأخير هو عين مسلك مجلس الدولة المصري[1].

وكمـــا قلنا سابقاً، فمبادئ القانون الإداري تنتمي إلى النظام العام، وبذلك فهي تميل – بصراحة – لصالح التفسير الضيق للنصوص: STRICTO SENSU ويدخل في ذلك – بالطبع – أحكام التفويض.

وعلى ضوء هذا التشدد صاغ الفقه الإداري الشروط العامة للتفويض في الآتي[2]:

1- أن يسمح به نص تشريعي أو لائحي، وخلاف ذلك فالتفويض باطل.

2- أن يكون جزئياً:PARTIELLE، وبذلك فالتفويض الكلي باطل، إلاّ إذا أجازه القانون.

3- أن ينشر قرار التفويض نشراً سليماً بعد صدوره من قبل السلطة المختصة.

4- أن يكون التفويض كتابة.

ولا حاجة للتأكيد – استطراداً – بضرورة التمييز بين التفويض بالمداولة، وبين التفويض على توقيع العقد، وبالتالي فمن كان يملك إحدى المكنتين لا يملك الأخرى ، سواء بالنسبة للجهة المفوضة أم المفوض إليها.

ويترتب على كل ما تقدم، أنه إذا كان القرار صادراً بالتفويض بغير نص يســمح به، واستناداً إلى نص مرتبته القانونية أقل من المرتبة المطلوبة، أو من غيــر مــن يجوز لهم التفويض إليهم، وفي موضوع لا يجوز التفويض فيه على ضـــوء النص الآذن، ففي كل هذه الحالات يكون القرار بالتفويض مشوباً بعيب مخالفــة القانون، مما يستوجب إبطاله، وهذا هو حكم التفويض الباطل في مجال العقــود الإداريـــة، فإنــه يترتب على التفويض غير المشروع عدم صحة العقد

---

(1) محكمة القضاء الإداري، القضية رقم 155 السنة 12 قضائية 1966/11/27.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 288.

المبرم، أي لا يكون العقد المبرم من جانب السلطة المفوضة صحيحاً إلاّ إذا كان التفويض مشروعاً في النطاق المحدد له زمنياً وموضوعياً[1].

ويثور التساؤل حول صحة العقد الذي يبرمه شخص معنوي خاص لحساب أو لمصلحة الجهة الإدارية فهل هو عقد إداري أم لا ؟؟..

لقد قررت محكمة القضاء الإداري في مصر أن مثل هذا العقد يعتبر مدنياً لانتقال التفويض إلى أشخاص القانون الخاص[2].

ولقد نحا هذا المنحى بعض الفقهاء في مصر[3].

بيد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر اتجهت خلاف ذلك، شرط اتصال العقد – الذي تبرمه إحدى الشركات لصالح جهة الإدارة ومصلحتها – بتسيير مرفق عام، واتباع وسائل القانون العام[4].

---

(1) د. النجار : نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 289 – وانظر " لوبادير": العقود الإدارية: ص 167 – حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1948/7/9، قضية LABIER مجلة: القانون العام سنة 1949، ص 606.

(2) محكمة القضاء الإداري في مصر: القضية رقم 235 السنة 13 قضائية، المجموعة، سنة 14، ص 256.

(3) د. عثمان عياد: الضابط الشكلي في المعيار المميز للعقد الإداري – المحاماة – سنة 1959، سنة 1975، ص 111.

(4) القضية رقم 1558 لسنة 7 قضائية، المجموعة، سنة 9، ص 763.

المبحث الثاني

أسباب البطلان التي ترجع إلى شكل العقد

تكلمنا على بعض هذه الأشكال والإجراءات مثل الحصول على الإذن السابق بالتعاقد، وأخذ الرأي، وغير ذلك وسنتكلم هنا على أحد مظاهر الشكل، ألا وهو الكتابة.

وننوه استطراداً بأنه يجب التمييز بين قواعد الشكل: LA PROCEDURE وقواعد الإجراء: La forme

فقواعد الإجراء تتعلق بالطرق:VOIE، والأساليب أما قواعد الشكل فتتعلق بالمظهر الخارجي للعمل القانوني.

وفي نظرنا إن عرض العقد، على هيئة يتصل بالإجراء، وليس بالشكل خلافاً لرأي بعض الفقهاء[1] أما كتابة العقد، فتتعلق بمظهره، وبذلك تدخل في نطاق قواعد الشكل.

والقاعدة العامة هي التحرر من الأشكال، والإدارة غير ملزمة باتباع أشكال معينة عند إبرامها للعقد، ويكفي توفر عنصر الإرادة، حتى يمكن الحديث عن قيام الرابطة التعاقدية على صعيد القانون الإداري.

وثمة رأي قديم في الفقه يعتمد على الشكليات كأساس لتمييز العقود الإدارية من سواها، هذا الرأي مهجور، ولقد قضت محكمة التنازع الفرنسية على هذه الفكرة في أحكام عدة، منها حكمها الصادر في: 1926/5/1[2].

---

(1) هذا هو رأي – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 206.

(2) مجموعة سيري، 928 ، القسم الثالث، ص 130 مع تعليق " هوريو ".

وإذا كان الأصل تحرر العقود الإدارية من الكتابة اللهم إلاّ في حال وجود نص كما في عقد الأشغال العامة في فرنسا[1]. إلاّ أن الطبيعة الذاتية لهذه العقود تملي على الإدارة اللجوء إلى التعاقد من أجل تضمين الشروط الاستثنائية وغيرها، وبالطبع فعدم كتابة العقد لا يحرره من الشروط الاستثنائية المتضمنة في القواعد التنظيمية أو التشريعية[2].

وقد يتم التعاقد عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة[3] ويترتب على مخالفة الشكل الكتابي في عقود الإدارة بطلانها[4].

ويرى الدكتور الخاني أن هنالك عقوداً نص المشرّع السوري على إجراءات معينة لإبرامها، وقد وردت في المرسوم التشريعي رقم 288 لسنة 1969، إذ لا يمكن تصور استيفاء هذه الإجراءات بدون كتابة، كالمناقصات فيما زادت قيمتها على مليون ليرة سورية، وكعقود التراضي، وإن لم يأت على تعدادها نص قانوني ملزم[5].

أما في مصر، فقد اشترطت الكتابة بالنسب للعقود التي تبرمها الإدارة بأسلوب المناقصات العامة LADJUCATION، أما العقود التي تبرم بأسلوب الممارسة: gre a gre فلا تتطلب الكتابة، إلاّ إذا زادت قيمة العقد عن حد معين[6].

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 167 – وانظر – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 281.

(2) محكمة القضاء الإداري في مصر: القضية رقم 3480 – لسنة 9 قضائية.

(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1951/4/11، قضية VILLE DE MARSEILLE، المجموعة، ص 843 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 169.

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 373 – محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 3480 السالفة الذكر.

(5) كتابه القانون الإداري، مجلد4، ص 168.

(6) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 682.

وبصـــورة عامـــة فالكتابة في العقود الإدارية هي شرط لازم في العقود الكـــبيرة، أو ذات الأهمية الخاصة وفي حال عدم وجـــود نص يفرض الشكل أو الإجـــراء، فيجب التمييز هنا – حسب مبـــادئ القانـــون الإداري – بين الأشكال والإجراءات الجوهرية وغيرها، فتخلف الأولــــى هو الذي يبطل العقد ليس إلاّ.

وبصـــورة عامة، فعندما ينص القانون على احترام الشكل والإجراء، فهو يقدم ضماناً مباشراً garantie automatique لسير المرافق العامة بصورة مطردة ومنـــتظمة، وفي الوقت نفسه يلجم طيش التصرفات غير المتبصرة irreflechies وبصورة عامة فالتصرفات اللاحقة للتصرف posterieure لا يمكن بصورة عامة أن تكـــون عائقاً لحسن الإدارة، إلاّ في ظروف خاصة ينص عليها القانون، كما هو الحال بالنسبة للنشر اللاحق[1].

والخلاقة أن الكتابة في العقود الإدارية شرط لازم لصحة العقد الإداري، وليست خاصة بطبيعته.

لكن ما هي أوضاع الكتابة في العقود الإدارية؟؟؟

هـــذا الأمر – ولا شك – خارج عن نطاق بحثنا، وإن كنا نجتزئ ونشير إليه بسرعة.

وحقيقة الأمر هنالك العقود الموثقة acte notarice وإن كانت نادرة، على اعتـــبار أن ، كـــتابة العقد الإداري واندراجه في دولاب الحياة الإدارية، يضفي عـــليه الثبات ويمنحه الآثار القانونية نفسها، مع التنويه بأن هنالك رأي في الفقه يـــرى أن العقـــود الإداريـــة مـــن الأعمال الرسمية، كما يعرفها القانون المدني باصطلاح acte authentique، وبالتالي فهذا الفريق يرى أن العقود الإدارية تعد من العقود الرسمية، ولو أنها لم توثق على يد موثق[2].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 211.

(2) VEDEL(G): Droit administrative. 11, 1959, Paris

ومــن العقود الإدارية المكتوبة، العقود العرفية sou-seing privee، حيثُ تبــلور الإدارة صـــيغاً وصوراً عقدية معينة ثم تسير عليها، وعادة ما تأخذ هذه الصيغ شكل كراسات للشروط.

وهذه الكراسات متعددة الشكل: كراسة الشروط العامة الإدارية – كراسة الشروط العامة – كراسة الشروط الخاصة – كراسة الشروط العامة الفنية[1].

وقــد تــأخذ العقود المكتوبة صيغة الانبرام عن طريق تبادل الخطابات echange de letters أو تكــون بــإرادة مــنفردة، كمــا هي الحال في محاضر المناقصـــات، أو محررات قبول الموظفين العامين، إذ أن قرار الاختيار يؤسس عادة على محرر مثبت لعمل قانوني بهذا الاختبار.

ومــن جهـــة أخــرى فالعقود غير المكتوبة على صعيد القانون الإداري متعددة الصيغ، من ذلك التعاقد بأسلوب الفاتورة أو المذكرة – وهي الأكثر شيوعاً لهــذه العقــود، أو عقود نقل المهمات، أو تكملة عقود سابقة، أو بشأن استعمال قطعة أرض[2].

ومن أهم العقود الإدارية الشفوية، العقود الضمنية، وهذه العقود شائعة في فرنسا، ومآلها استمرار تنفيذ عقد بعد انتهاء مدته[3].

ويــرى الدكــتور الخـــاني أن العقود الإدارية الضمنيـــة غير مألوفة في سوريا[3]. وبالفعل فالقضاء الإداري السوري رفض إجازة مثل تلك العقود[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 219 وما بعدها.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 227.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 171.

(4) المحكمــة الإدارية العليا في سوريا، رقم 43 لسنة 66، مجموعة هذه المحكمة لعام 1966، ص 108.

المبحث الثالث

العيوب التي تشوب أركان العقد الإداري

تمهيد:

يقوم العقد الإداري – كما هو الشأن في عقد القانون المدني – على أركان ثلاثة هي: الرضا consentement، المحل L,objet، السبب:La cause.

وفيما يلي مظاهر البطلان التي تقترن بهذه الأركان.

الفرع الأول

العيوب التي تشوب – ركن الرضا

تمهيد:

لا يمكـــن أن يكون ثمة عقد إلاّ بتلاقي إيجاب بقبول، كما هو معهود في أية عملية تعاقد في أي فرع من فروع القانون، وكما قلنا سابقاً فالعقد الإداري قد يــتميز من العقد في القانون الخاص بامتيازات تعطى للإدارة، ومن جهة أخرى فــالعقد المذكــور يقــترن بإجراءات وطرق معقدة ومتشابكة تسبق عملية اتفاق الارادتيــن، ومع ذلك فالعقد الإداري هو عقد بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى، ومــا تــرتب مــن نتائج قانونية لأنه يقوم على الرضا، أي على وجود طرفين

يختـلفان فـي المصالح، حيثُ يتشادان ويتفاوضان، ثم يلتقيان في نقطة تقع بين مصـلحة الطـرفين ((لا يشـترط بالضرورة أن تكون في الوسط))، وهي ما يسمونها نقطة التقاء المصالح: parie-parti.

والخلاصة أن مبدأ سلطان الإرادة هو جوهر العملية التعاقدية على صعيد القانون الإداري وماهيتها وطبيعتها الذاتية التي تميزها من القرار الإداري.

وبالطـبع فـلا يكفـي وجود الإرادة وقيامها، بل سلامتها، أي تحررها، وتحلـلها من كل عيب يشوبها ويؤثر على سلامتها، وهذه العيوب التي يمكن أن تصم ركن الرضا هي:

المطلب الأول

الغلط l'erreur

قلنا سابقاً إنه يجب أن يتوفر في العقد الإداري ركن الرضا، أي أن يصدر هذا الرضا عن جهة الإدارة المختصة، وأن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسمها أهلاً للتعاقد، وفضلاً عن ذلك أن يتحلل الرضا من العيوب التي تشوبه وفي مطلع ذلك – بالنسبة للإدارة – عيب الغلط.

ويطبق مجلس الدولة بالنسبة لهذا العيب القواعد المدنية، ولعل أصرح وأظهر المسائل التي تطبق عليها نظرية الخطأ المدنية، الخطأ في شخص المتعاقد L'erreur sur personne وذلك بسبب السمة الشخصية لعقود الإدارة intuitus personne[1].

وهذا هو مغزى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1950/4/26، حيث تعاقد أحد ممثلي إحدى الشركات بصفته الشخصية. في حين أن الإدارة قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة[2].

وبطبيعة الحال فالغلط في محل التعاقد يعد سبباً لإبطال العقد شريطة أن يكون جوهرياً ودافعاً للتعاقد، وهنا نجتزئ بعض فقرات حكم مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد يقول[3]:

L'erreur sur la substance de nature a entraine la nullite du contrat

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 383- وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 137.

(2) قضية DOMERGUS، المجموعة، ص 813.

(3) C. E. DEC, 1917 BECMOT ASE. P. 878.

وهــذا هــو عيــن ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة المصري في حكمه الصــادر في 1965/11/22، قال المذكور: إن الغلط الذي يعيب الرضا، ومن ثم يجعل العقد قابلاً للإبطال، يشترط أن يكون جوهرياً سواء في صفة الشيء محل الالتزام أم في شخص المتعاقد[1].

وفــي نظر الدكتور الخاني إن الغلط في المحل، هو الغلط المنصب على نوعيــة المــادة التي تكيف الرضا حسبها، عند ذلك يصح أن يقال إن هذا الغلط يشوب الرضا، ويفسده في العقود الإدارية، لأن هذه العقود في جملتها وتفصيلها لا محــل لها إلاّ البضاعة، فعقود التوريد والأشغال العامة تؤلف 99% من عقود الدولة[2].

ويؤكــد الدكــتور الــنجار وجهة نظر الدكتور الخاني، وإن كان يعطي الأولوية لهذه الاعتبارات الشخصية في عقد التزام المرافق العامة[3].

ووفقــاً للنظرية الحديثة التي أخذ بها القانون المصري الحالي في الغلط، فالمعيــار ذاتي، ولا يعتد بالغلط الذي يصيب الإرادة إلاّ إذا كان جوهريا، ودافعاً وقــت تكويــن الإرادة، كمــا أنه لا يعتد بالغلط الواقع في نقل الإرادة، ولا في تفسيرها[4].

ويــأخذ الفقــه والقضاء الفرنسي بالغلط في القيمة SUR LA VALEUR كسبب لبطلان العقد[5].

---

(1) محكمــة القضــاء الإداري: القضية رقم 568 السنة 14 قضائية، مجموعة المبادئ التي قررتها هذه المحكمة لسنة 14 من 1961 – 1966، ص 622.

(2) القانون الإداري، مجلد 4، ص 191.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 158.

(4) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 158.

(5) C. E. 15 Juill, 1934, DEP. DE LA HQUTE, LOIRE, QEC, P. 594.

ويبحث الفقه الفرنسي ذلك في نطاق تنفيذ العقد، ولا يعتبر ذلك متصلاً بتكوينه، ويطبق في مثل هذه الحالات النظريات الخاصة بالظروف الطارئة، ثم إعادة التوازن المالي للعقد[1].

أما في مصر فيعتد بالغلط في القيمة بشرط أن يكون دافعاً إلى التعاقد، أي يترتب عليه اختلال فادح: MESURE EXCESSIVE، بمعنى أن الفرق بين القيمة الحقيقية للأداء والقيمة التي توهمها العاقد هو فرق فادح[2].

أما الدكتور الخاني – ولحرصنا على إبراز وجهة نظر الفقه السوري – فهو يحدد ويعرض لصور الغلط على صعيد القانون الإداري في الآتي[3]:

1- غلط الحساب للمشتركين في مزايدات ومناقصات الدولة، وهذا كثيراً ما يثار من قبل من قدم عروضاً، وقد رست هذه المزايدات أو المناقصات عليه، قائلاً إن هذا الغلط قد قاده إلى تقديم عرضه بالأسعار التي تقل كثيراً عن الأسعار المقبولة في السوق التجاري.

مثل هذه الطلبات والادعاءات بالغلط هي حتماً موضع درس، لكن غالباً ما تقترن بعدم القبول، لأنه لا يقبل الادعاء بالغلط في أمر كان موضوع إعلان لا تتسرب إليه السرية[4].

2- غلط ناجم عن خطأ الطرف المتعاقد الآخر، لكنه سهل التصحيح، إذا كان الخطأ هو خطأ الطرف المتعاقد غير الذي احتج به، لكنه غلط جوهري، فهو

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 159.

(2) د. السنهوري: الوسيط، ج1، ص 305.

(3) القانون الإداري، مجلد4، ص 138 وما بعدها.

(4) حكم صدر عن المحكمة الإدارية العليا في سوريا في الطعن رقم 323 في 12/1/1934 ولم ينشر.

حــتماً صالح للاحتجاج به على كل حال، فشرط قبول الطعن بهذا النوع من الغلط هو أن لا يكون الخطأ سهل الاكتشاف.

وتقــدم لنا المناقصات والمزايدات الحكومية أمثلة صارخة، إذ حين ترتكب الإدارة خطــأ ما في الوثائق العائدة للمزايدات والمناقصات، لا يسوغ لمقدم العــرض الذي رست عليه أن يحتج بذلك إلاّ إذا كان صعباً جداً اكتشافه أو إصلاحه[1].

3- **الغلط في القيمة:** إن الغلط في القيمة لا يشكل بحد ذاته – ومجرداً من أنواع الغلط الأخرى – سبباً لبطلان العقد.

4- **الغــلط فــي القــانون:** لا يأخذ القانون الإداري في النظرية المدنية في هذا الخصوص.

وبيــان ذلــك أنه إذا كانت قاعدة ((لا يقبل الجهل بالقانون عذراً))، لا تجتمع مع الغلط في القانون، وذلك في مجال الحقوق المدنية، فهذه القاعدة واجبة الرعاية والتطبيق في القانون الإداري بشكل مطلق.

وفــي نظر الدكتور النجار إن الغلط في القيمة في مجال العقود الإدارية يستحسن به أن يؤدي ليس إلى بطلان العقد، بل إلى خفض الالتزام إلى المقابل، وذلــك استقراراً للتعامل وحفاظاً على سير المرافق العامة باطراد وانتظام، هذا فضــلاً عــن موجبات حسن النية، لا سيما أن أكثر هذه الحالات يثور عند تنفيذ العقد، وليس عند انعقاده[2].

أمــا بشــأن الغــلط في القانون بالنسبــة للعقود الإدارية، فيرى الدكتور الــنجار أن هــذا الأمــر لا يثار بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، بسبب الإجراءات

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1934/12/5، المجموعة، لعام 1934، ص 1151.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 160.

الطويــلة والمعقدة التي يمر بها إبرام الإرادة، الأمــر الذي يندر أن تقع الإدارة بأي خطأ.

أمــا فيما يتعلق بالمتعاقد، فيشترط لتمسكه بذلك أن يكون الغلط جوهرياً ودافعــاً إلى التعاقد ، ومتصلاً بعلم المتعاقد، وأخيراً ألا يكون في قاعدة قانونية آمره[1].

أمــا بشــأن الغلط المادي، فالفقه والقضاء يجمعان على عدم الاعتداد به كســبب للبطلان، على صعيد القانون الإداري، كما هو جارٍ على صعيد القانون المدني، وهذا أصل من الأصول القانونية العامة تمليه طبيعة الأمور ومقتضيات العدالــة وحسن النية، ويستطيع القاضي أن يتحرى عن الإرادة الحقيقية للوصول إلى الخطــأ، وذلك من واقع الظروف والملابسات، ثم ينبرى إلى تصحيح الخطأ إذا وجــده، وبمــا يــتفق مع التعبير الصحيح عن الإرادة، بحيثُ لا يستغل أحد المــتعاقدين الأخــر فيما وقع فيه من غلط هو خطأ في الكتابة، ومن ثم فوقوع المــتعاقد مع الإدارة في خطا مادي، وتنبه الإدارة لذلك قبل البت في المناقصة، وتجاهــلها الخطــأ، ثــم إرساء العطاء على المتقدم بالعطاء، يعد مخالفة للقانون يــتحقق بها ركن الخطأ الموجب لمسؤوليتها، ومن ثم توجب الحق للمتعاقد معها في التعويض[2].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 160.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 162.

المطلب الثاني

التدليس

التدليس – مفهوماً – هو إبهام وإيقاع الشخص بغلط يخالف الحقيقة لحمله ودفعـــه على التعاقد، وبذلك فهنالك صلة ما بين الغلط والتدليس بسبب ذلك الوهم المشـــترك الـــذي يقوم في ذهن المتعاقد جراء العيبين، وإن كان العيبان يتميزان وينفصلان والمجال لا يتسع لتوضيح هذا الفارق، وإننا نحيل القارئ في ذلك إلى مظانه.

وإستناداً إلى ما تقدم يمكن القول إن التدليس عيب من عيوب الرضا vice de consetement في العقد الإداري، كما هو الحال في العقد المدني.

وبصورة عامة فموارد القانون الإداري ومصادره شحيحة في هذا الشأن بســبب الإجراءات الدقيقة والمعقدة التي تحكم العقد الإداري، والتي تحول دون الوقوع في ذلك.

وعــلى هــذا فقد كان على القانون الإداري أن يلجأ إلى مبادئ وأصول القــانون المدنـــي، لكن ذلك اللجوء ليس فقط بسبب شحة الموارد، وإنما بسبب الطــبيعة الذاتيــة للأحكام المدنية المتعلقة بالتدليس التي تعبر عن جوهر القانون وماهيته الذاتية، وتفرض نفسها بهذه الصفة على كافة مجالات القانون وصعده.

وهكــذا فمجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يحيل إلى المواد 1116 و113 و 1145[1]، من المجموعة المدنية، ومن ذلك حكمه الصادر في: 1923/9/16، في قضية GRANDS MOULIN DE GORBEIT[2].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 383.

(2) المجموعة، ص 856.

بيد أن – كما سبق لنا تأكيده – إحالة القضاء الإداري إلى المجموعة المدنية لا يعني فقدانه حريته واستقلاله، بل العكس هو الصحيح، والقاضي الإداري يبقى محتفظاً باستقلاله وإرادته وقد طبق بذلك مبدأ إدارياً يتفق مع علائق القانون الإداري وروابطه.

ويشترط بعض الفقهاء في التدليس المعيب للرضا في العقود الإدارية، الشروط الآتية[1]:

1- أن يكون دافعاً (جوهرياً)، فإن كان التدليس عارضاً، فلا يعد سبباً لإبطال العقد، لكنه يفتح الباب للحق في التعويض .

2- تأخذ العقود الإدارية بالنظرية المدنية في التدليس، في اشتراط أن يكون التدليس صادراً عن المتعاقد الآخر، وليس من الغير، فإن كان صادراً عن الغير، فيرجع إلى نظرية الغلط، ويشترط أن يكون جوهرياً .

3- إن التدليس لا يفترض، وإنما يقع عبء إثباته على عاتق من يدعيه، وهذه مسألة موضوعية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

والقضاء الإداري الفرنسي مستقر على هذه الشروط في أحكامه النادرة في هذا الشأن[2].

كما يأخذ هذا القضاء بالتفرقة بين نوعي التدليس، الدافع:principal، وهو وحده الذي يعيب الرضا ويستوجب إبطال العقد، والعارض :incident، أي غير الدافع إلى التعاقد، ولا يعد سببا للإبطال، بل للمطالبة بالتعويض[3].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 173.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 173.

(3) G. E. 14 DEC, 1923, REC, 856.

وهـــذا هـــو موقـــف الفقه في فرنسا، وفي ذلك يقول " جيز "[1]: Le dol principal cause determinent du consentement entraine La nullite contrat et le dol incident qui N' est pas le cause determinent du consentement et qui donne lieu seulement a des domages interets.

أمـــا إذا كـــان التدليس صادراً عن الغير فيعد سبباً لإبطال العقد إذا كان جوهرياً دافعاً إلى التعاقد ومتصلاً بعلم المتعاقد الآخر[2].

ويرى الدكتور النجار ضرورة إعمال التفرقة التي أقرها القانون الخاص والقضـــاء الإداري الفرنسي بين التدليس الدافع إلى التعاقد، والتدليس العارض، ويكـــون للمـــتعاقد فـــي النوع الأخير الخيار بين إبطال العقد، أو التعويض عنه تأسيساً على المسؤولية التقصيرية، وإن كان في الأغلب الأعم - في حال تحققه - أن يقتصـــر الأمـــر على التعويض دون إبطال العقد، وبصفة خاصة في مجال العقود الإدارية لتعلقها بسير المرافق العامة[3].

ويرى الدكتور عبد الإله الخاني أن ليس ثمة سبب يسوغ استبعاد المبادئ المدنية التي تحكم التدليس من ساحة القانون الإداري.

ولـــئن لم يكن في أقضية مجلس الدولة العربي السوري مثال يحتذى، أو يستشهد به على ما نقول، فليس معنى ذلك أنه لا يكون في المستقبل[4].

وعـــلى كل حال - والرأي للدكتور الخاني - فمجلس الدولة السوري لم تخـــل اجـــتهاداته مـــن إيماءات إلى هذا العيب، والعيوب الأخرى، تقول محكمة القضاء الإداري: إن سبق إدعاء المتعاقد ببطلان المناقصة أمام القضاء، ثم تنازله

---

(1) انظر " جيز " العقود الإدارية، ج1، ص 8.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 175.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 175.

(4) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 140.

عن الدعوى وتنفيذه العقد يجعل إدعاء ببطلان هذه المناقصة مجدداً غير مقبول، مادام لم يشب تنازله عيب من العيوب المفسخة أو المزيلة للإرادة[1].

ومن ذلك يتبين أن القضاء الإداري السوري يتبنى كلا من أسباب بطلان العقـود المدنيـة كأسباب لبطلان العقود الإدارية، ولكن بعد معالجتها لتطويرها بالشـكل الـذي تتلاءم به مع مفاهيم القانون الإداري، إذ الملاحظ أنه يعتبر هذه العيـوب – ومن جملتها التدليس – عيوبا إذا ما أفسدت أو أزالت الرضا، لا إذا شـابت العقـد ذاتـه، فهـو في ذلك متشدد أكثر من القضاء العدلي الذي ساير المشـرّع، بـأن جعل هذه العيوب هي العيوب التي تبطل العقد، أي أن القضاء الإداري لـم يكتف لإبطال العقد أن تشوب العيوب العقد فقط" وفي ذلك تساهل" بل تشدد، وتطلب أن تزيل إرادة المتعاقدين[2].

---

[1] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 140.
[2] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 142.

المطلب الثالث

الإكراه: la violence

ولما كانت الإدارة طرفاً في العقود الإدارية، فمن النادر أن يقع إكراه في التعاقد[1].

بيد أنه إذا كان هذا العيب نادراً: RARE، إلا أنه جائز الوقوع، وبصفة خاصة في حال كونه صادراً عن الغير[2].

وعلى هذا فإن معظم الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصـــدد هي أحكام سلبية تكتفي بإعلان مبدأ بطلان العقد إذا شاب الرضا إكراه، لكنها تنتهي موضوعياً إلى عدم قيام الإكراه.

ومـــن أوضح الأمثلة على ذلك حكـــم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1945/6/19، والـــذي جاء فيه بخصوص احتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت عـــلى قبول العقد – قال المجلس: il resulte de l instruction que la menace se prevaut la societe

[3]Ne presentait un carctere de violence de nature a vicier la consentement de ses dirigeants

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 384 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 143 وأنظر د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 181.

[2] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 181.

[3] قضية VOISIN المجموعة، ص 19.

أمـــا حيـــث يثبت الإكراه، فإن مجلس الدولة يعمل المبادئ المدنية المسلم بها[1]. وهذا هو رأي الفقه في سوريا ومصر[2].

ولـــم نجـــد قضـــاء لمجلس الدولة المصري بذلك لكن هذا المجلس طبق الأفكـــار الأساســـية في الإكراه في نطاق القرارات الإدارية، فلقد جرت محكمة القضاء الإداري باستمرار على أن الإكراه الذي يشوب إرادة الموظف عند تقديم الاســـتقالة يؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر بقبولها، ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في حكمها الصادر 1955/11/5، قالت هذه المحكمة : ومـــن حيـــث إن طلب الاستقالة باعتباره مظهراً من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضا صحيح فيفسده ما يفسد الرضا من عيوب ، ومنها الإكراه إن توافرت عناصره بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة بعثـــتها الإدارة في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس، بأن كانت ظروف الحـــال تصور له أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشـــرف أو المال، ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في إرادته، فالإكراه يشتمل على عنصرين: عنصر موضوعي هو الوسائل التي تولد الإيحاء بخطـــر جســـيم.. وعنصر ثانٍ هو الرهبة التي تبعثها تلك الوسائل في النفس .. ومـــن حيثُ إن الإكراه باعتباره مؤثراً في صحة القرار الإداري يخضع لتقدير

---

(1) حكمـــه الصادر فـــي 1895/2/15، قضية: STE DES MINES DE LENS، المجموعـــة، ص 154، ويتعـــلق باتخـــاذ إجراءات إدارية معينة ضد شركة بقصد إجبارها على التعاقد.

(2) د. الخانـــي: القانون الإداري، مجلـــد 4، ص 143 – وانظر د. الطماوي: الأسس العامـــة لـــلعقود الإدارية، ص 485 – وانظر د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 182.

المحكمـــة الإداريـــة في حدود رقابتها لمشروعية القرارات الإدارية، كما يخضع لرقابة المحكمة العليا في تعقيبها على أحكام هذه المحاكم[1].

ويكـــون الإكـــراه مشـــروعاً: LEGITIME إذا كـــانت الوسائل المتبعة مشـــروعة، والغرض منها مشروع كذلك، فاستعمال الوسائل القانونية المشروعة فـــي إبـــرام العقود الإدارية يستبعد معه فكرة الإكراه كعيب في الرضا كما في العقـــود المدنية، ويترتب على إساءة استخدام الإدارة لهذه الوسائل للوصول إلى أهـــداف أو أغـــراض غيـــر مشروعة الالتجاء إلى قضاء المشروعية – تجاوز السـلطة – لإبطـــال هذه التصرفات تأسيساً على الانحراف في السلطة كإجبار الشخص على قبول إبرام عقد مع الإدارة مثلاً[2].

ولقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسي – خارج دائرة العقد – النظر في طعن موجـــه من موظف كان قد طلب إحالته إلى التقاعد عقب تبلغه كتاباً من الوزير بإحالته إلى التقاعد بحجة تطهير جهاز الدولة، إلاّ أن مجلس الدولة الفرنسي أكد أن لكـــل دعـــوى خصوصيتها، وأن ما أعتبر إكراهاً بالنسبة لأحد الموظفين لا يعتبر إكراهاً بالنسبة للآخر[3].

وقـــد يـــؤدي بطـــلان الإجراء المتبع إلى بطلان العقد لعيب الإكراه في الإرادة، وهو ما أخذ به الفقه والقضاء في فرنسا[4].

---

(1) الطعن رقم 158، لسنة 1 قضائية.

(2) د. النجـــار: نظريـــة البطلان في العقود الإدارية، ص 183، – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 144.

(3) حكمه في 1944/2/2، المجموعة، ص 41، وحكمه في 1947/6/25، المجموعة، ص 281.

(4) " جيز " : العقود الإدارية، ج2، ص12، "لوبادير": العقود الإدارية، ج1، ص218، – وانظـــر – C.E. 7Fev, 1944, LA PURE, REC, P.41.
– C.E.25,Juin,1947, DEPRIS, REC, P.251.

مناقشة حكم المحكمة الإدارية العليا

في مصر الصادر في 1955/11/5

ونـــنوه اســتطراداً بأن محكمة القضاء الإداري في مصر كانت قد أقرت بقيام حال الإكراه في هذه الدعوى، وفي ذلك قالت هذه المحكمة: إن الموظف لم يــتقدم بطلب الإحالة إلى المعاش دون قيد أو شرط، إلاّ بعد إطلاعه على كتاب السيد وزير الأشغال .. وهذا الكتاب، ولو أنه خاص بتوقيع عقوبة، إلاّ أنه اشتمل على عبارات ما كان يجوز أن ترد فيه، إذ من شأن هذه العبارات أن تمس شرف المدعــي واعتــباره، لا سيما متى كانت قد وردت في صورة الأوصاف لا في صــورة الوقــائع، وكـــان القرار بتوقيع الجزاء على المدعي في غنى عن هذه العــبارات الجارحة لأن مثل ذلك لا يعتبر قانوناً جزءاً من الجزاء، فإذا ما تقدم المدعي بطلب قبول استقالته عقب اطلاعه على الكتاب المذكور، فلا يمكن القول بأن ذلك الطلب بمثابة دفاع منه عن شرفه .. ولأنه لو كان قد قبل صاغراً البقاء في الخدمة بعد أن وصمته الحكومة في خطاب .. بأنه فقد مقومات الخلق القويم لاستحق احتقار زملائه ومرؤوسيه[1].

هــذا ولقد أيد الدكتور عصفور مسلك محكمة القضاء الإداري في مصر، وفي الوقت نفسه نعى على المحكمة الإدارية العليا تمسكها بمبادئ القانون المدني المتعــلقة بالإكراه، وأسس رأيه المطول على أسباب لا يسعنا الإحاطة المفصلة بها، وحسبنا أن نجتزئ بعض فقرات رأيه فيما يلي:

---

(1) عرض لهذا الحكــم د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، القاهرة، المطبعة العالمية، ج1، 1957، ص 266.

1- لقد طبقت المحكمة الإدارية العليا معيار الإكراه المبطل للرضا الوارد في المادة 127 ((باب الالتزام))، وكان عليها أن تطبق مبادئ الإكراه التي تحكم عقد العمل ((المادة 696)) التي تنص: يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل، ولو لم يصدر هذا الفصل عن رب العمل، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد[1].

2- المادة 127 تحكم أطرافاً متساوين، والأمر على خلافه بالنسبة للدعوى المذكورة التي تتعلق بأطراف غير متساويين ((رب العمل والعامل)) لا سيما أن قواعد التفسير في مثل هذه الحال يجب أن تكون لصالح الطرف الضعيف الذي هو العامل.

3- إن إحدى دوائر محكمة القضاء الإداري في مصر (رغم تجديد المحكمة العليا لمعيار الإكراه وفق القانون المدني) رفضت الأخذ بهذا المعيار، ومما جاء في أسباب الحكم[2]:

ومن حيثُ إن تهديد الموظف بفصله طبقاً لأحكام القانون 600 لسنة 1953 والذي يحرمه من التقاضي إذا فصل بناءً عليه سواء بطلب الإلغاء أو التعويض يعتبر إكراهاً مفسداً لرضا الموظف ممن لا تعلق بهم الشوائب، ومن الصالحين للبقاء الذين ما شرع القانون لاقتصائهم عن وظائفهم، ففي هذه الحال يكون التهديد بفصلهم استناداً إلى هذا القانون عملاً غير مشروع.

والخلاصة أن الاتجاه الواضح من الحكم الآنف الذكر رفض المعيار المدني الذي فرضته المحكمة العليا.

---

(1) د. عصفور: مذهب المحكمة الإدارية، المرجع السابق، ص 269.

(2) د. عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية، المرجع السابق، ص 272.

المطلب الرابع

الغبن La LESION

ورث القــانون المدنـــي الفرنســي نظرة الثورة الفرنسية إلى الغبن، تلك النظرة الفردية التي تضيق من نطاق حق الالتجاء إليه إلى أقصى حد ممكن.

وبهــذه الروح صدرت المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي التي لا تجعل الغبن مؤثراً في صحة العقود إلاّ في أحوال استثنائية.

ولقــد اعتــنق مجلس الدولة الفرنسي النظرة السابقة، فضيق من حالات الغبن في مجال العقود الإدارية، ولم يسمح به إلاّ إذا أجاز نص تشريعي الالتجاء إليه[1].

هــذا مــا يتعــلق بالغبن الذي يتم وقت إبرام العقد، أما الغبن الذي يلحق بالمتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، فالأثر المترتب عليه هو إعادة التوازن المالي لــلعقد عــلى ضــوء النظريات الخاصة بالظروف الطارئة وفعل الأمير وسلطة الإدارة في تعديل عقودها[2]. وهذه النظريات إدارية المهد والأصل ولا علاقة لها بالأصول المدنية.

ومــن المعــلوم أن القــانون المدني المصري الجديد، ومثله معه القانون المدنــي الســوري، قد سلكا فيما يتعلق بالغبن مسلكاً يغاير مسلك القانون المدني

---

(1) حكمــه الصــادر فــي 1948/5/21، قضيــة STE COOPERATIOVE DE PRODUCTION ، المجموعة، ص 641 وحكمه الصادر في 1953/6/3 قضية، BROUGALAY المجموعة، 1945، ACTUAL JURIS، ج2، ص 379.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 386 – وانظر د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 197.

الفرنسي في هذا الشأن، إذ نصت المادة 129 مدني مصري و130 مدني سوري على ما يلي:

1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلاّ كانت غير مقبولة.

3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوخى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

وفضلاً عن ذلك فقد تضمنت المادتان 393 و 395 من القانون المدني السوري ما يلي:

المادة 393:

إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

المادة 395:

لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم وفقاً للقانون بطريق المزاد العلني.

من كل ذلك يتبين أن الإدعاء بالغبن، قد وضعت له ضوابط صعبة تقلل من فرصه، ولا تساعد في الإسراف فيه، أو تسهل الإدعاء به في مجال العقود المدنية، حتى لقد صح القول إنه وإن كان مبدأ الغبن مقبولاً، إلاّ أن إثارته يجب أن لا تشكل استثناء من قاعدة بموجبها، لا يكون الفعل الوحيد المكون للغبن مثار

دعوى أو دفع أمام القضاء سبباً وحده لفسخ العقود، إلاّ إذا واكبته أسباب محددة تحديداً واضحاً تنتسب للموضوع، أو قد تنتسب للأشخاص عديمي أو ناقصي الأهلية))[1].

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بنظرية الغبن في القانون المدني الفرنسي، معتبراً إياها تمثل منطق القانون وجوهره، فعلى مجلس الدولة في كل من مصر وسوريا أن يأخذ بنظرية الغبن الواردة في المجموعة المدنية الوطنية، ولا مجال للسير على خطى مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال.

والخلاصة أننا نأخذ على صعيد القانون الإداري بنظرية الغبن الواردة في المجموعة المدنية السورية، وإن كنا نقر أن هذه النظرية – القائمة على أسس نفسية – ستضيق عملاً من نطاق تطبيق الغبن في مجال العقود الإدارية، بسبب عدم احتمال استغلال الإدارة طيشاً أو هوى جامحاً في التعاقد.

ومن جهة أخرى لنا أن نتساءل عن المقصود من الطيش البين، معياره، نطاقه، مؤكدين أنه كان على القانون المدني السوري أن يأخذ بمعيار مادي موضوعي يقوم على معالم واشراط ومظاهر واضحة ومحددة.

من جماع ما تقدم يمكننا أن نوجز وجهة نظرنا في نظرية الاستغلال على صعيد القانون الإداري في الآتي[2]:

1- ندرة تحقق الاستغلال بالنسبة للعقد الإداري بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة التي يمر بها هذا العقد منذ لحظة الإعلان عنه حتى التصديق عليه.

---

[1] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 146.

[2] يراجع في ذلك – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 196، 197.

2- استقر الفقه والقضاء في فرنسا على رفض الأخذ بالاستغلال كعيب يقترن بالرضا، والمعلوم أن هذين المصدرين ((الفقه والقضاء في فرنسا)) هما المصدران التاريخيان للقانون الإداري في سوريا.

3- إن عدم التعادل في مادة العقود الإدارية بين التزامات الطرفين، إنما ينهض ويثار في مرحلة تنفيذ العقد.

4- يتمتع الاستغلال بحكم خاص هو جواز خفض الالتزام بالنسبة للمتعاقد المغبون، وليس وجوبه.

5- إن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، تؤدي إلى عدم التوسع في حالات الإبطال في العقود الإدارية لما للحكم بالبطلان من آثار قاسية على حركة سير المرفق.

6- ندرة السوابق القضائية حول عيب الاستغلال.

7- لا يصح إثارة دفع الغبن في العقود الإدارية كسبب لعدم صحة العقد[1].

على ضوء كل ما تقدم فهنالك أكثر من فقيه في مصر يرى أن الاستغلال لا يعد عيباً في الرضا بصفة عامة، وفي القانون العام بصفة خاصة، ومن أبرز هؤلاء الفقهاء الدكتور جميل الشرقاوي في رسالته عن بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري[2].

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1953/6/3، المجموعة، ج2، ص 379 – وانظر د.الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 148.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 198.

قانون إعادة النظر في الأسعار

ذكرنا سابقاً أنه قد تطرأ تبدلات على أسعار العقد بعد إبرامه، وقد تكون الدولـــة نفسها سبباً في ذلك، إذا فمن غير المنطقي والمعقول والعدل أن يضار – المتعاقد من ذلك لا سيما أن المتعاقد هو معاون للإدارة: COLLABORATEUR ومصـــلحة الإدارة أن تكون لـــه أقدام ثابتة راسخة حتى يتمكن من تنفيذ العقد، وبـــالعكس فالمـــتعاقد الهزيل يجعل أعماله هزيلة وفقاً لقاعدة: إذا سمنت الرعية ســـمن الـــراعي، هذا فضلاً عن أن الإدارة لا تجري وراء قاعدة الربح بقدر ما تجري وراء تحقيق النفع العام.

ولقد أحس الشارع السوري بهذه الاعتبارات، فأصدر المرسوم رقم 228 لعام 1969 المتضمن ما يلي:

إذا طـــرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة نفاذ العقد فقط ارتفاع في السعار أدى إلى زيـــادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على 15% من قيمتها بموجب التعهد، فإن حساب الزيادة على هذه الأجزاء يجري على ما يلي:

يتحمل المتعهد الزيادة إذا كانت لا تتجاوز 15%، وتتحمل الإدارة الزيادة التي تفوق 15%، ولا يستحق المتعهد أي تعويض عن ارتفاع في أسعار تعهدات التوريدات.

ولقد نصت المادة بوضوح أيضاً على ما يلي: إذا طرأ بعد تقديم العرض هـــبوط فـــي الأسعار، فالإدارة تتمتع بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها المتعهد، وفقاً لأحكام المادة السابقة.

وغـــني عـــن الـــبيان أن نظـــرية الغبن التي أخذ بها التشريع السوري بالمرســـوم رقـــم 228 لعام 1969 تختلف عن نظرية قلب اقتصاديات العقد التي

يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد، لسبب بسيط هو أن النظرية الأخيرة أصل كبير مـن أصول القانون الإداري، وقد شق طريقه بوحي من مقتضيات العدالة، هذا فضـلاً عـن أن نظرية قلب اقتصاديات العقد، قضائية المهد والأصل والمنبت، وبالـتالي فـإذا ما صدر تنظيم تشريعي جزئي ينظم حالة جزئية أو خاصة من حـالات الغـبن، فهـذا لا يبطل أو يوقف الأصل العام المتجلي في نظرية قلب اقتصاديات العقد.

وبطـبيعة الحال فإن أمر تقدير الضرر الناجم من قلب اقتصاديات العقد، يدخل في صلب حرية القاضي واستقلاله تبعاً للظروف، ولك حال على حدتها.

وكمـا سبق قوله، لا يمكن قبول الإدعاء بالغبن في العقود المبرمة على أسـاس مزايدة أو مناقصة، فهذا مبدأ مدني ((المادة 395 مدني سوري))، لكنه في الأساس قاعدة إدارية قننها المشرّع، مع التنويه بأنه إذا كان القضاء الإداري لا يقبل فسخ العقد للغبن في مثل هذه الحال، فهو يقبل ويجيز الحكم بالتعويض[1].

---

[1] الإداريـة العليا في سوريا: الحكم رقم 441 لسنة 1980، مجموعة القضاء الإداري لعام 1980، ص 334، وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 149.

المطلب الخامس

الغش

كــنا قــد درســنا التدليس ودوره في إفساد الإرادة باعتباره إيهاماً يغير الحقيقة للمتعاقد أثناء تكون العقد.

بيــد أن هــناك ضــرباً من ضــروب الإبهام والحيلــة يقع على إرادة المــتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وقد اصطلــح على تسميته بالغش: FRAUDE، وهذا مــا ســار عليه القانــون المدني الســوري، إذ استعمــل مصطلح الغــش في إطــار نطــاق الالتزام، ثم في إطــار التنفيــذ، وكما يتضـــح من المادة 149 و 218 و243 مــع ملاحظــة أن المادة 149 استعملــت كلمة سوء النية التي تفيد ذلك.

وبالمقــابل فقد استعمل القانون المدني السوري كلمة التدليس في معرض تكوين الإرادة، كما هو واضح من المادة 141 مدني.

هــذا وقــد ميز الفقه أيضاً بين مصطلــح التدليس – كعيب يفسد الرضا أثــناء الانعقــاد – وبيــن مصــطلح الغــش القائم على الحيلة وسوء النية أثناء التنفيذ[1].

واستطراداً فقد استعمل الشارع المصري تعبير ((التلاعب)) كدرجة من درجات سوء النية تقع بين الإهمال والغش، وكما يتضح من المادة 43 من لائحة المناقصات والمزايدات[2].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 189.

(2) أشار إلى ذلك د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 300.

والثابت قضاء أنه يشترط في كل من الغش:FRAUDE والتدليس:DOL أن يكــون مــا اســتعمل فــي خداع المتعاقد حيلة، وأن تكون هذه الوسيلة غير مشروعة قانوناً[1].

وحقيقــة الأمر أن على المتعاقد أن ينفذ التزامه وفقاً للشروط المحددة في عقــده بطــريقة سليمة وبعناية: D'une maniere correct، وأن يلتزم بمبدأ حسن النية:Avec Diligence في التنفيذ[2].

ويجــب – فــي إطــار العقــد الإداري – التفرقة بين المخالفة البسيطة للمواصــفات – ويكتفى فيها بتوقيع غرامات مخالفة المواصفات بالنسبة المقررة فــي شروط التعاقد – وبين المخالفة الجسيمة التي تتحقق في إهمال المتعاقد مع الإدارة إهمــالاً جســيماً ينحدر إلى درجة العهد، وذلك هو الغش، وجزاؤه فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب المتعهد[3].

وهــنا يجــب أن يثبت سوء نية المتعاقد، وعلمه بما يشوب حقيقة الشيء المسلم إليه من حيثُ نوعه وطبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، فالغش لا يولد حقاً، ولا ينشئ مركزاً قانونياً[4].

ولقــد غــلظ الشرع الجزاء على استعمال الغش أو التلاعب، فجعله فسخ العقد ((المادة 58 من لائحة المناقصات في مصر))، ومصادرة التأمين النهائي والرجوع على المتعاقد بالتعويض، إن كان له مقتضى ويستوي في الغش أن يقع

---

(1) نقض مدني مصــري، 329 لسنة 39 قضائية تاريخ 1972/2/8، المحاماة، س5، عدد 3 لعام 1975.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 429.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 199.

(4) المحكمة الإدارية العليا في مصر: القضية رقم 95 لسنة 9 مجموعة السنة 11، ص 56-943 لسنة 18 قضائية السنة 16، ص 150.

من المتعاقد أو ممن يستعين بهم في تنفيذ الالتزامات، ولذات العلة سوت اللائحة المذكورة أعلاه بين المتعاقد الذي يشرع في رشوة، أحد موظفي الإدارة ويتواطأ معــه إضــراراً بها، أو قيام المتعاقد بالتعاقد لحساب شخص محروم من دخول المناقصـــات في وجوب فسخ العقد وشطب اسمه ، وعدم السماح له بالدخول في مناقصـــات الحكومة، وكذلك المقاول إذا حاول الاستعانة بعمال الدولة وموظفيها في الأعمال الموكولة إليه بمقتضى العقد[1].

وبطبيعة الحال فالجزاءات المترتبـــة على الغش أو والتلاعب لا تستهدف تقويـــم اعوجـــاج المـــتعاقد بقـــدر ما تتوخى تأمين سيـــر المرفق العام باطراد وانتظام[2].

---

(1) المحكمة الإداريـــة العليـــا في مصر: القضية رقم 95 لسنة 9 قضائية المجموعة، الســـنة 11 ص 651، والقضـــية رقم 86 لسنة 12 قضائية مجموعة السنة 9، ص 324.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 201.

المطلب السادس

الصورية

يقصد من الصــورية: SIMULATION أن يبرم المتعاقدان عقداً صورياً ((العقــد الظاهــر)) وآخــر ســريا يسمى ورقة الضد CONTRE LETTER، وبالطبع فهما يتراضيان على العقد السري، ويهدفان لتحقيقه.

والفقــه والقضــاء مســتقران عــلى أن الصورية ليست في ذاتها سبباً للــبطلان[1]: إذ التصــرف الظاهــر لا يقصد منه إنتاج أي أثر، ولا يقوم على الإرادة، ولا يعــدو أن يكــون تعبيراً: Declaration، وفي النهاية فالصورية هي انعدام الجدية في التعبير عن الالتــزام بأثر قانوني، وذلك سواء أكانت الصورية تخفــي مجــرد تعــبير يكــذب التعبير الظاهــر، أم كانت تخفي تصرفاً قانونياً حقيقياً[2].

واســتطراداً فالصــورية الــتي قــد توجد في التصرف القانوني الوحيد الطرف: Acte unilateral، فتسمى بالتحفظ الذهني: Reserve mentale[3].

وعلى ذلك ففي الصورية يقوم كل من التعبير الظاهر والتعبير الخفي عن قصد أي عن علم وحرية لا تدع مجالاً لفكرة عيب الإرادة، إذ من ناحية السلامة الداخــلية لــلإرادة ليــس في الصورية أي مساس بها، ولذا لا يعاب بها العقد،

---

(1) د. الســنهوري: نظرية العقد، فقرة 753 – جميل الشرقاوي: طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، سنة 34 ص 325

(2) د. الجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 202.

(3) د. النجــار: نظريــة البطــلان في العقود الإدارية، ص 203 – ويسميها الدكتور الشرقاوي: بالصورية أيضا، المرجع السابق، ص 326.

وليســت لذلك سبباً للبطلان، يضاف إلى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل لهذه الإرادة حــرية تشــكيل التصــرفات القانونية ما دامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة، وليس للقانون اعتراضاً على حقيقة هذه التصرفات بالصورية، بل إن القــانون صرح بإباحة الصورية في الهبة (488 مدني مصري) و1321 مدني فرنســي، وبالــتالي فلا يمكن أن تكون سبباً لـــه إلاّ إذا دخلت في صورة عدم المشــروعية، وبالطــبع فسـبب الـبطلان هنا ليس في الصورية وإنما في عدم المشروعية الناتج من المنع القانوني للصورية.

وعــلى ذلــك فإذا كانت الصورية تخفي تصرفاً آخر حقيقياً، أي إذا كان التعبير المخفي فوق كشفه عن عدم جدية التصرف الظاهر يترجم عن أثر آخر، فإن آثار التصرف المخفي هي التي تنتج بشرط إلاّ يكون التصرف المخفي يهدف إلى غايــة غيــر مشــروعة، وإلاّ كــان بــاطلاً، لا بسبب الصورية، بل لعدم المشروعية الذي تكشف عنه الصورية[1].

ما الحكم بالنسبة للغير؟؟

العقــد المستتر عديم الأثر في مواجهة الغير: tiers، وللغير حق الاستناد إلى العقد الظاهر، واعتباره صحيحاً، شريطة حسن النية.

وقد يتنازع شخصان أحدهما يتمسك بالعقد الظاهر لا الصوري، والآخر بــالعقد المســتتر، فالرأي السائد حماية الغير الحسن النية الذي يستند إلى العقد الظاهر[2].

فالصورية تخرج إذن عن القواعد المنطقية للبطلان، خدمة للمظهر القائم: L'apparence ، فيترتب على العقد الظاهر جميع آثاره بالنسبة للغير.

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 203.

[2] نقض مدني مصري رقم 8 لسنة 28، 1973/2/17، المحاماة سنة 57، ص 64.

وفـــي العقود الإدارية، فالصورية لا تعد سبباً في ذاتها للبطلان، ما دامت لا تهدف إلى غاية غير مشروعة، فإن هدفت فالعقد يكون باطلاً استناداً إلى عدم المشـــروعية، ولا تثبت الصورية إلاّ بالكتابة[1]، وإن كانت الصورية من الناحية العمـــلية نـــادرة الحـــدوث في مجال القانون الإداري، اللهم إلاّ ما تعلق بالتحفظ الذهـــني فـــي عقود المساهمة، مع الإشارة إلى أننا ندخل هنا في نطاق نظرية، السبب إذا كان قصد مقدم العطاء offer تحقيق غاية غير مشروعة[2].

الفرع الثاني

المحل

وهـــنا يطـــبق القضـــاء الإداري بالنسبة لهذا الركن المبادئ المدنية، إلاّ تعارض منها مع طبيعة العقد الإداري[3].

وعـــلى هـــذا فإنـــنا نحيل القارئ إلى تلك المبادئ في مظانها سواء في النصوص التشريعية[4]. أم لدى الشراح[5].

ومع ذلك، فإننا نسجل في هذا الصدد بعض الملاحظات الهامة الآتية:

1- **الاستحالة:** المبدأ العام هو أنه لا التزام بمستحيل: L'impossibilite nul n'est tenu، وهذا ما أكدته المادة 133 مدني سوري المتضمنة ما يلي:

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 204.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 205.

(3) د. الطمـــاوي: الأســـس العامـــة لـــلعقود الإدارية، ص 384 – د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 154.

(4) المواد من 132 – 136 مدني سوري.

(5) السنهوري: الوسيط، ص 375.

إذا كــان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً، والأمر نفسه إذا كان محل العقد منعدماً، فيكون العقد باطلاً لانعدام محله.

وبالمفهوم المخالف يشترط في العقد أن يكون موجوداً أو ممكناً.

عــلى أن الاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة سواء أكانت طبيعية أم قانونية وقت التعهد بالالتزام، والاستحالة المطلقة هي التي تقــوم في مواجهة الكافة، أما الاستحالة اللاحقة على العقد، حتى وإن كانت مطلقة، فهي تبرر الفسخ، وليست سبباً للبطلان[1].

ويرى الدكتور النجار أن الاستحالة المطلقة في العقد الإداري هي الاستحالة الموضوعية: obgective، أما الاستحالة النسبية، فلا تحول دون قيام الالتزام ســواء أكــانت سابقة أم لاحقة للعقد[2]. وإنما تؤدي هذه الحالة إلى انقضاء الالتزام بعد أن وجد، إذا كان بسبب أجنبي لا دخل ليد المــدين فيه ((المادة 373))، والعكس إن كانت بسبب خطأ المدين، فيسأل بالتعويض.

واختلاف محل العقد عما كان عليه وقت التعاقد اختلافاً جوهرياً يرتب فسخ العقد، وذلك بأن تحتفظ الإدارة بجزء غير محدد من الأصناف التي التزمت بتسليمها للمتعاقد معها[3].

2- **الاســتحالة الجزئية:** قد تتحقق الاستحالة المطلقة بالنسبة لجزء من المحل، وعندئذٍ فالبطلان يتصرف إلى هذا الجزء، وهو ما يسمى بالاصطلاح الفقهي البطلان المطلق الجزئي Nullite Partielle[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 105.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 105 – وانظر: AUBY et du cosedz: Droit administrative, 2ed 1970, P.23.

(3) حكــم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 154 لسنة 12 قضائية، السنة 15، ص 264.

(4) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 106.

وبالطبع يجب الآخذ بعين الاعتبار أن لا يؤثر بطلان هذا الجزء على العملية العقدية بكاملها[1].

3- **حكم بعض القيود الواردة على إرادة الإدارة:** قد تتضمن النصوص المحظورات الآتية على الإدارة[2]:

- حظر الشراء أو إجراء المقاولات في الشهر الأخير من السنة.
- حظر إسناد أي عمل من أعمال المقاولات إلاّ لشركات القطاع العام.
- حظر شراء الأصناف العالية الثمن، وحظر بيع الأصناف الجديدة إلاّ للهيئات الحكومية.
- حظر شراء موظفي الحكومة الأصناف التي تبيعها الحكومة.

فهل يترتب البطلان على مخالفة تلك المحظورات؟؟

في نظرنا إن تلك المخالفة لا تعدو أن تكون مخالفة لقواعد توجيهية: directive، وبالتالي فهي لا ترتب أي أثر إلاّ ما تعلق بمساءلة الموظف إدارياً، اللهم إلاّ ما تعلق بشراء الموظفين أصناف من الإدارة دون اتباع أو سلوك طريق المزايدات العامة، وبشرط أن يكون هذا الشراء، للاستهلاك الخاص، وهنا مرد البطلان إلى العيب في إجراءات العقد.

4- **شروط قابلية المحل للتعيين:** وهنا يرجع إلى المبادئ المدنية، وبالتالي يشترط أن يكون محل العقد معيناً، فإن لم يكن كذلك، وجب أن يكون قابلاً للتعين.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 219 لسنة 10 قضائية، مجموعة السنة 13، 161.

[2] وردت هذه المحظورات في لائحة المناقصات والمزايدات في مصر.

وبالطبع يختلف تعيين المحل تبعاً لما إذا كان المحل قيمياً أم مثلياً، فإن كان قيمياً يعين بذاته، أما إن كان مثلياً فتعيينه بجنسه ونوعه ومقداره.

وقـد تثور أحياناً مسألة جودة الشيء، وهنا يتعاقد الطرفان على عينة معينة تمثل المحل، وقد يعرف المتعاقد تلك العينة، ففي هذه الحال يترك أمر قبول الصفة الجديدة، لاطلاقات الإدارة، والأمر نفسه بالنسبة لتقديم أصناف تخالف العينة المتفق عليها[1].

ويسـتثني الشراح من قاعدة التعيين، عقود المساهمة في مشروع أو مرفق عـام، فـإن محل الالتزام في مثل تلك العقود، غير قابلة للتقويم أو التقدير بمال[2].

5- **شـرط المشروعية:** يرى بعض الشراح أن كافة قواعد القانون الإداري من النظام العام[3].

وفي نظرنا إن دائرة النظام العام متسعة جداً في القانون الإداري، لا سيما في مجال القرار الإداري، لكنها لا تستغرق كافة قواعد هذا القانون، لا سيما في مجال العقد الإداري، وبالذات بالنسبة للشرط المالي[4].

وهـذا مـا أكـده الدكـتور الخاني بوجوب التمييز – بالنسبة للنصوص الإداريـة – بين النصوص الآمرة والنصوص المفسرة في دائرة العقد الإداري، بحيث أن الاتفاق الذي يعرج عن طريق النصوص الآمرة غير صحيح أو نافذ[5].

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 951 لسنة 9 قضائية، مجموعة السـنة 12، ص 110 والقضية رقم 838 لسنة 7 قضائية، مجموعة السنة 8، ص 1252.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 111.

(3) د. محمد عصفور: الضبط الإداري، ص 38.

(4) يراجع في ذلك – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 567 وما بعدها.

(5) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 156.

وهـذا هو عين حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، فقد أكد هذا الحكم البطلان المطلق للعقد الذي أعلنت فيه الإدارة عن مناقصة وفق عينة معينة مخالفة لأحكام القانون، كما أكد أنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان المطلق، وللمحكمة نفسها إثارة ذلك من تلقاء نفسها[1].

على أنه قد يكون محل العقد غير قابل للتعامل فيه لعدم مشروعيته، لكن عدم القابلية للتعامل هذه نسبية، هنا يجب أن يكون التعامل في حدود القانون وللأغراض التي حددها[2].

هكذا قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان عقد الإدارة الذي أجرته مع أحد المهندسين، لأنها حددت الأجر على خلاف النصوص[3].

وقضى أيضاً ببطلان الاتفاق بين ملتزم المرافق العامة concessionaire والمنتفع: usuger إذا كان مخالفاً للقواعد العامة للمرفق العام، كتعديل قواعد الالتزام مثلاً[4].

والاختصاصات الإدارية، وما يتفرع عليها من تفويض الاختصاص تحكمها قواعد آمرة يقصد منها حماية مصلحة عامة سياسية واقتصادية واجتماعية متعلقة بتنظيم المجتمع وتعلو مصلحة الأفراد، ومعنى ذلك أنه لا يجوز الإنفاق على ما يخالفها، وكل اتفاق يقع على خلاف ذلك، فهو باطل يستوي في ذلك أن تكون حقوق الإدارة وامتيازاتها واردة في نصوص العقد أم

---

(1) القضية رقم 1303 لسنة 8 قضائية، مجموعة سنة 12، ص 494.

(2) د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزامات، ج1، (مصادر الالتزام)، القاهرة، 967 ، 244.

(3) القضية، alitur، الحكم الصادر في 1944/7/27، المجموعة، ص 217.

(4) الحكم الصادر في 1943/3/25، قضية cie gen des eaux، داللوز ، ج3، سنة 944، ص 129 مع تعليق odent.

غيـــر واردة، ذلـــك أن الإدارة تتمـــتع بهذه الحقوق حتى لو لم ينص عليها في العقد[1].

وتـــنظيم المرافق العامة لا يمكن أن يكون محلاً للاتفاقات التعاقدية، وكل اتفاق على خلاف ذلك فهو باطل بطلاناً مطلقاً[2].

أما بشأن شرط التحكيم، فقد اختلفت السياسات القضائية حول ذلك:

- ففي فرنسا اعتبر الشرط التحكيمي أمراً غير مشروع وغير جائز قانوناً، أو اجتهاداً، وهذه القاعدة من النظام العام[3].

بيـــد أنـــه صدر القانون رقم .... ـــا 1906/4/17 حيثُ أُخرج بعض الاستثناءات على القاعدة العامة، وبقيت تلك القاعدة تفسر في أضيق الحدود[4].

أمـــا فـــي سوريا، فالشرط التحكيمي المنصوص عليه في العقود الإدارية جائز بنص المرسوم التشريعي رقم 228 لسنة 1969.

وفضلاً عن ذلك، فقد أجازت المادة 30 من قانون مجلس الدولة السوري، رقـــم 55 لعـــام 1959، أجازت لهيئة مفوضي الدولة أن تعرض على الطرفين تســـوية الـــنزاع عـــلى أساس المبادئ القانونية التي ثبت عليها قضاء المحكمة الإدارية العليا.

والأمـــر نفسه بالنسبة لشرط التحكيم: Compromissoire في مصر، فهو جائـــز بالنسبة للمنازعات الإدارية عملاً بنص قانون مجلس الدولة رقم 47 لعام 1972.

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 115.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1932/7/17، قضية VILLE COSTEN AUDRY، داللوز 932، ج3، مع تعليق: TOSSE.

(3) حكـــم مجـــلس الدولـــة الفرنسي: 1893/3/27، سيري،894،ج3، ص119، تقرير مفوض الدولة " روميو " الصادر في 1937/1/22، ص 93 وحكمه ص 180.

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1948/4/28.

وبذلك فشرط التحكيم – سواء في سورية أو في مصر – ليس من النظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، بل يجب التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أم ضمناً[1].

وننوه استطراداً بأن القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص في الفصل فـي تقدير مدى مشروعية العمل الإداري الذي يقرر الالتجاء إلى التحكيم كقرار إداري منفصل acte detachable شريطة أن يكون هذا العمل الإداري صادراً عن سلطة إدارية[2].

- **المحل غير المشروع والشرط غير المشروع:** وبديهياً أن خطر التعريج عن سـبيل النصوص القانونية ذات الصفة الآمرة لا يلحق فقط المحل ذاته الذي يـدور حولـه العقد، بل إنه ينطبق بالطبع على كل شرط عقدي محله غير مشروع والمبدأ الذي يحظر مثل هذه الشروط هو نفسه المبدأ الذي قد يجعل غير مشروع عقداً محله مخالف للقانون والنظام العام، وإن كان هنالك نقطة فارقة بين الأمرين:

فالعقد الذي محله غير مشروع بالضرورة منعدماً في حين أن العقد المتضمن شرطاً غير مشروع لا يكون منعدماً في مجمله إلاّ إذا كان هذا الشرط قائماً في ذهن الأطراف وأساسياً لإبرام العقد[3].

- **المحل غير مشروع لتنافي التعاقد بخصوصه مع طبيعة الروابط الإدارية:** هنالك مسائل تمنع أن تكون محلاً للعقد بسبب طبيعتها، واستبعادها من دائرة التعاقد، ليس محصوراً على العقود الإدارية، بل المدنية ذاتها، فالحالة المدنية

---

(1) نقض مدني مصري، رقم194 لسنة 37 تاريخ 1972/11/15، المحاماة، سنة 58، ص 63.

(2) STLLITUNKES: L'ARBITRAGE EN DROIT ADMIN, THESE, PARIS, 1960,P.154.- وانظر د. النجار: نظرية البطلان: ص 121.

(3) د. الخاني: القانون الإداري مجلد4، ص 157.

مــثلاً أو أهــلية الأشخاص، وتنظيم العائلة، مسائل لا يسوغ أن تكون محلاً للعقد، ويمكن أن نضرب عليها – على سبيل المثال – ما يلي:

1- **المراكــز النظامية العامة:** يعرف القانون الإداري المراكز النظامية العامة: Les situations legales ou objectives وهــذه المراكــز تحددهــا مباشــرة القوانيــن بصرف النظر عن شاغلها، بحيث يتواجد الأفراد فيها عن طريق الأعمــال الشرطية: Les actes condition، والمسلم به أن دور هذه الأعمال يقتصــر عــلى اسناد هذه المراكز النظامية للمستفيدين منها، إذ يتمتعون بما تعطيه من حقوق، ويلتزمون بما تفرضه من التزامات.

وعــلى هــذا الأساس يجري القضاء الفرنسي[1] على الحكم ببطلان كل اتفــاق تــبرمه الإدارة مــع موظفيها لإنقاص المزايا التي تضمنتها لهم المراكز النظامية العامة.

وهــذا هــو المسلك الذي التزمته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمهــا الصــادر في 1954/2/22، والذي تقول فيه: إذا كان التنازل قد انصب عــلى حق مقرر للموظف قانوناً، وواجب الحكومة العمل على وصوله لصاحبه، لا المســاومة عــليه، فإنــه باطل، ذلك لأنه لا يجوز أن يتفق على تعديل حق للموظف، أو تخفيضه لأن علاقةالموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية لائحية[2].

وهــذا مــا أكده مجلس الدولة الفرنسي ببطلان كل اتفاق خاص يتم بين ملتزم المرفق العام، وبين أحد المستفيدين، على خلاف القواعد التي يتضمنها عقد الامتياز، وهي لائحية فيما يتعلق بكيفية أداء الخدمة[3].

---

(1) حكــــم مجلس الدولة الفرنسي: 1939/10/25، قضية PORTE BOIS، مجموعة داللوز 929، القسم الثالث، ص 57 مع تعليق لـــ BIEN VENUE.

(2) مجموعة أحكام المحكمة، السنة الثامنة، ص 827.

(3) حكمه الصادر في 1943/5/5، قضية CIE GENERALE DES EAUX، منشور في مجموعة CONCLUSION ODENT.

الفرع الثالث

السبب LA CAUSE

والأحكام هنا شحيحة جداً، ولعل سبب ذلك ندرة تعاقد الإدارة دون سبب، أو بسبب باطل، وإن كان الإجماع على ضرورة السبب كركن في العقود الإدارية، والأفكار المدنية هي التي تحكم الموضوع، مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقات الإدارية[1].

وبيان ذلك أن الأعمال القانونية، التي تجريها الإدارة – ومنها العقود – يجب أن تهدف إلى الصالح العام والمصلحة العامة[2].

ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي يؤكد ضرورة ركن السبب هو حكمه الصادر في 1947/6/29، وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان، لكنه جند في وحدة غير مقاتلة، فلما طالب إلغاء عقد تطوعه لفقد ركن السبب، رفض المجلس الدعوى استناداً إلى أن إلحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد، وبالتالي لا يفقد العقد سببه[3].

وبالمقابل، فقد حكم المجلس بإلغاء عقد إداري لتخلف ركن السبب[4].

---

(1) مجلس الدولة الفرنسي: 1947/6/29، مجلة القانون العام لسنة 1948، ص 78، مع تعليق فالين – وانظر د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 392 و د. الخاني: مبادئ القانون الإداري، مجلد4، ص 159.

(2) Jese(g): Les contrats administratifs de L'etat, T, 2, 1927, P.5 ets.

(3) قضية Michaux، مجلة القانون العام، سنة 1948، ص 78، مع تعليق فالين.

(4) الحكم الصادر في 1948/11/12، قضية CIE DES MESSAGERIES MARITIME.

وقـد أتيـح للقضاء الإداري في مصر أن يدلي بدلوه في هذا الموضوع بحكمه الصادر في 1957/6/2 القائل[1]:

ومن حيثُ أن التزام صاحب المطحن بإنتاج عدد معين من أردبات الدقيق الصـافي مـن كل أردب من القمح الذي تقوم بتسليمه إليه سلطات التموين، ثم مساءلته عن عدم إنتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانوني، وهذا السبب يكـون إمـا بـنص في التشريع، أو بنص في لائحة صادرة عن جانب صاحب المطحـنة، يمـثل هذه المعدلات المقررة عند إبرامه العقد مع جهة الإدارة التي تهيمـن على مرفق التموين في البلاد، وإما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينـبه إلى ضرورة الإنتاج على مقتضياه، فإذا جاء خلواً من مثل هذا النص، فقد يسترشـد القاضـي بما هو من مستلزمات العقد وفقاً للعرف الجاري في التعامل بحسب طبيعة الالتزام.

ويعـرض الدكتور الخاني للسبب في العقود غير متقابلة الالتزام كما في المناقصة، ففي مثل هذه العقود يلتزم صاحب العطاء تجاه الإدارة في عطائه دون أن تكون هي ملتزمة تجاهه بشيء، إذ العطاء بحد ذاته يؤلف في أغلب الحالات عقـداً إدارياً غير متقابل، والمستفيد من العرض غير ملزم بتنفيذ ما للعملية التي من أجلها قدم العرض، باعتبار أن الإدارة تملك إلغاء المناقصة في كل حين، فإذا أحجم هو عن تنفيذها اعتبر القضاء الإداري العرض لاغياً، ويملك مقدم العرض استرداد ما قدمه[2].

ويضرب الدكتور الخاني مثلاً على تخلف الإدارة في القيام بالتزامها تجاه العـارض، أن لا تلحظ الموضوع في ميزانية الإدارة، فذلك لا يمكن تفسيره إلاّ

---

(1) القضية رقم 3480 لسنة 9 قضائية.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 161.

بعدم حاجة الإدارة إلى تلك البضاعة، وهذا ما يتيح للعارض أن يطلب أمام القضاء الإداري انعدام العقد أو بطلانه[1].

ويؤكد الدكتور الخاني - وهو يشرح نظرية السبب في العقد الإداري في إطار نظرية النظام[2] - أن القضاء الإداري اتجه بادئ الأمر الاتجاه السابق، إلاّ أنه ما عتم أن تبين له أن نظرية فقدان السبب[3] المقبولة في قضية مؤسسة ما تنذر بأن تمتد إلى مجالات أخرى، ضارة بالإدارة، إذ يستطيع المتعاقد على توريد مثل وزن الحنطة التي يزمع تصديرها إلى أهراء مؤسسة الحبوب والمطاحن، أن يدعى بفقدان السبب الذي نجم عن طرح المؤسسة لما أخذته من الحبوب من المصدرين بشكل نقص النفع من العملية[4].

على أي سبب علمي حقوقي نستبعد الحجة بفقدان السبب هنا في هذا المجال؟؟..

هنا تتدخل - والكلام للدكتور الخاني - نظرية النظام لتقول: لقد خلطتم بين تطبيقين: طبقتم نظرية انعدام السبب حين إبرام العقد خطأ، حيثُ كان يجب أن تطبقوا نظرية انعدام السبب على تنفيذ العقد لا إبرامه، إذ من المستحسن هنا أن نحلل الموقف على ضوء شروط انفساخ العقد لا على ضوء سببه، ففي هذه الحال ننظر فيما إذا كان سلوك الإدارة يعني فسخ العقد، أم أن نيتها اتجهت إلى إلغائه وفسخه، أم أن استمرار العقد ممكن، فمن المعلوم أن العقد يصبح مفسوخاً

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 117.

(2) المرجع السابق، ص 161.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1870/7/21، النشرة 1870، ص 919، حيثُ كان المدعي مؤسسة تعهدات قبل الإدارة بأداء نصف المنفعة الطارئة على عقار له من أشغال عامة للإدارة، ثم استبان أن العقار مقرر استملاكه، فحكم المجلس أن السبب مفقود.

(4) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 162.

حكماً في حال كون الشروط المتفق عليها لم تنفذ كلها، أي أنه ينحصر البحث في الآتـــي: هــل إن الإدارة اشترطت على نفسها أن تمتنع عن طرح ما تتطلبه من كميات الحبوب في الأسواق؟؟ لا لتموين الشعب[1].

في هذه الحال بالذات تنقسم نظرية السبب إلى شطرين: الأول يعني العقد المدني، وهي مقيمة على عناصرها التقليدية، فلكي يصح العقد، يجب أن يكون له ســبب تتوفر فيه الشروط القانونية، أما تنفيذ العقد، فهو تبع للسبب لا يتميز عن سبب العقد ذاته[2].

أمــا في العقود الإدارية، فالسبب الذي يبنى عليه العقد غير السبب الذي يبــنى عــليه التنفيذ، الأول كامن في العقد ذاتــه كعنصر من عناصره، وهو لا يفــترق عن السبب في العقــود المدنية، أما في العقــود الإدارية فشروط التنفيذ غير شرط العقد ذاته، وسببه هو غير السبب، فقد يكــون العقد الإداري صحيحاً، لكــن ســببه غير صحيح، لكن الإدارة لا تلزم بإيفاء التزامــاتها ثم الاستمرار بالارتــباط بــالعقد لأن المــرفق العام لا يحتمل الاستمرار في العقد، وبذلك لا يستطيع الفرد أن يدعي بإمكان التحلل من العقد بحجة أن سببه زال فالإدارة أعلم بما يجب أن يبقى سبباً للعقد، وبما يجب – لعلة قوامتها على المرفق – أما الفرد فــلا شأن له في ذلك، لأن الشروط التي توضع في الدفاتر، وتبنى عليها العقود الإدارية هي نظام، إنها من بنية قانونية ولا خيار حتى للإدارة فيها خلافاً لما هو عــليه الحــال في العقود الخاصة، ففيها كل الخيار للأفراد يعدلون ويبدلون كما يشاؤون[3].

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 162.
(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 163.
(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 163.

وفي المثال الذي سبق سوقه عن تطوع الجندي في جيش التحرير الفرنسي، فليس له أن يدعي بأن تطوعه كان على أساس أن يعمل في القوة العاملة، بينما جند في القوى الخفية لأن جيش التحرير له منطق مغاير، فهو يعتبر عمل المتطوع الخفي جهداً عاملاً في ظروف من غير الممكن الجهر بالمقاومة[1].

وكما ذكرنا فاستحداث فكرة سبب التنفيذ بالمقارنة مع سبب العقد يتفرع على فكرة النظام، ومتى زال سبب التنفيذ – وهو اطراد المرافق – زال التنفيذ.

على أن هذا كله لا يعني أن مفهوم السبب لا محل له في عرض المناقصات، لأن في هذا العرض يظهر السبب في ((الأمل)) الذي يساور العارض بأن يرى العملية التجارية التي حددت عرضه قد تحققت، ومفهوم غياب السبب هو الذي يلعب دوره عندما يثبت أنه في تاريخ العقد لم يكن لهذا الأمل أي محل، فكأنه غير ممكن التحقيق، أو أنه بدون جدوى، ولو أمكن تحققه[2].

وهنالك مسألة هامة تطرح نفسها ألا وهي معرفة ما إذا كانت فكرة عدم صحة العقد بسبب الهدف المبتغى يجب أن تعتبر تطبيقاً لنظرية السبب أو للنظرية الخاصة للقرار الإداري، ألا وهي نظرية تجاوز حد السلطة هنا يجب تمييز ما يلي[3]:

1- تطبيق نظرية السبب على أهداف الاتفاقات العقدية وبالتالي، فعندما يبرم عقد إداري لهدف غير مشروع، فهو يتسم بالبطلان، وأساس ذلك السبب غير

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 163.
(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 164.
(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 165.

المشروع كمستند لهذا البطلان، وإن كان بالإمكان الاستناد إلى مفهوم تجاوز السلطة في حال القرارات الإدارية المنفصلة.

ففـــي هـــذه الحال فقط يندغم إجراء من إجراءات العقد الأساسية مقترباً هو بـــالذات مـــن مـــنطقة المشروعية ليصبح قراراً إدارياً، وعندئذٍ فقط تصبح معالجة السبب على أساس المشروعية، أي على أساس تجاوز حد السلطة[1].

2- تطبيق نظرية تجاوز حد السلطة في إبرام العقد، والمثال على ذلك في إعطاء مناطق المحافظات نشاط مكتب دفن الموتى إلى أحد المتعهدين بعطاء يفوق عطـــاء آخر أقام الدعوى لإلغاء العقد بحجة أن الإدارة، أو مثلها يتوخى من ذلـــك المـــنفعة الخاصة، وهنا ألغى مجلس الدولة الفرنسي العقد بسبب عدم المشروعية[2].

وحقيقـــة الأمر أن نظرية الانحراف بالسلطة ليست مقتصرة على نظرية القـــرار الإداري، بل تتصل دراستها من قريب أو بعيد بمعظم نظريات القانون الإداري[3].

وهـــذا هـــو مغزى ما سبق قوله إن نظريات القانون المدني تطبق على روابط القانون الإداري، اللهم إلاّ ما اتصل بالطبيعة الخاصة لهذه الروابط، وهذا مـــا جعل نظرية السبب في العقد الإداري، تتأرجح بين مفهوم الأداء المقابل لكل مـــن طرفي العقد ((السبب القصدي والغرض المباشر))، وبين مفهوم آخر هو الدافع إلى التعاقد mobile impulsive.

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1192/1/25، مجلة القانون العام لسنة 1922، ص 107.

(2) حكمه الصادر في 1927/3/5، المجموعة لعام 1937، ص 274.

(3) د. الطمـــاوي: نظريـــة التعسف في استعمال السلطة، القاهرة، دار الفكر العربي، 966، ص 402.

وهكـــذا أخـــذ مجـــلس الدولة الفرنسي بنظرية السبب التقليدية في قضية Michaux الســـالف الإشـــارة إليهـــا معتبراً أن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر.

ولكن القضاء في فرنسا أحس بضيق أفق النظرية التقليدية وعجزها عن اســـتيعاب كافة جوانب ومظاهر السبب، وهكذا فقد ابتدع النظرية الحديثة للسبب لكسر الحواجز التي أقامتها النظرية التقليدية بين السبب والباعث[1].

وهـــذا هو مسلك القضـــاء المصري الحديث، حيثُ تتـــوج ذلك بتقنين الـــنظرية الحديثـــة من قبـــل الشارع في المادتيـــن 136 و 137 مدني، يقابـــل ذلـــك المـــادة 138 مدنــــــي سوري، إذ اعتبـــرت السبب المذكور في العقد هو الســـبب الحقيقي ((النظرية التقليدية))، لكنها - أخذاً بالنظرية الحديثة - أتاحت لـــلطرف الآخـــر إثـــبات العكس واضعة عبء الإثبات عليه ((النظرية الحديثة للسبب)).

إذاً فالســـبب وفقاً للنظرية الحديثة هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وكل ما يشترط فيه من شروط هو المشروعية، فيشترط في الباعث الدافع على التعاقد أن يكـــون مشـــروعاً، وغير مخالف للنظام العام، ولقد أخذت العقود الإدارية بهذه النظرية في أحكام القضاء الإداري، وسوى القضاء بين أن يكون عدم المشروعية متحققاً في جانب الطرفين، أو في جانب أحدهما في العقد[2].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 136.

(2) De laubadere: traite theorique et pratique des contrats administratifs, T,I,PARIS,1959,P.235. وانظـــر تعـــليق الأســـتاذ: RIRET على حكم مجلس الدولـــي الفرنسي الصادر في 1921/11/25 المتضمن مطالبة ببطلان عقد الإدارة مع مورد البضائع الأجنبية نظير دفع إتاوة بالمقاصة مقابل موافقة الإدارة خلافاً لما قرره المشرّع، للسماح لهم بالاستيراد من الخارج، ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بوجهة نظره.

ولذلـك تعـرف هذه النظرية في مادة العقود الإدارية بفكرة السبب غير المشروع LA CAUSE ILLICIT تأسيساً على شرط المشروعية في السبب[1].

وبمعـنى أكثر وضوحاً فالنظرية الحديثة – التي تأخذ بالباعث – تشترط فيه أن يكون معلوماً للطرف الآخر من العقد، ولا يشترط أن يكون متفقاً عليه، إذ الهـدف منها استقرار التعامل، وبذلك فهذه النظرية أخصب وأضبط من نظرية السـبب التقـليدية (السبب القصدي)، وأوضح منها سواء في القانون العام أم الخـاص، والـباعث هنا معيار ذاتي خارج العقد، يتغير من عقد إلى عقد بتغير المـتعاقدين، وما يدفعهم من بواعث، أما السبب فمعياره موضوعي وداخلي في العقد Intrensique، ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، وهو الالتزام المقابل، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع[2].

هـذه الـنظرية الحديـثة(الباعث) – أو فكرة السبب غير المشروع – طـرحت أسئلة عميقة حول موقفها من نظرية الانحراف في السلطة في القانون الإداري فـي مجـال العقـود الإدارية، ولهذا كان السؤال عما إذا كانت نظرية الانحـراف تقتصر على القرارات الإدارية، لم تمتد لتشمل العقود الإدارية التي اتسـعت فيهـا فكـرة السـبب غير المشروع، ثم كان سؤال آخر هو: هل إن النظريـتين تشكلان نظرية واحدة لهما سمة واحدة، بحيثُ تنضوي تحتها نظرية الانحراف ثم نظرية السبب غير المشروع[3].

والمتتـبع لأحكام القضاء يرى أنه قد أخذ بكلتي النظريتين في السبب في مـادة العقود الإدارية، فعندما يتعلق الأمر بإبرام عقد إداري بدافع غير مشروع

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 137.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 129.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 137.

فعندئذٍ يصبح باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهنا عدم صحة العقد وبطلانه تكون مرتبطة بفكـــرة السبب غير المشروع، إلاّ أنه يمكن عند الاقتضاء رد بعض الحالات إلى نظـــرية الانحـــراف في السلطة، وليس كلها، إذ لو أخذنا بنظرية الانحراف في الســلطة وحدهـــا لأضحى ذلك متعلقاً بالسبب غير المشروع من جانب الإدارة وحدهـــا، فلا تمتد لتشمل الدافع غير المشروع من جانب أطراف العقد أو بصفة خاصـــة مـــن جانب المتعاقد مع الإدارةLE CONTRACTANT وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1921/11/25، وقضى ببطلان العقد بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، استناداً إلى عدم مشروعية السبب في الاتفاقات المبرمة[1].

عـــلى أن مجال نظرية الانحراف بالسلطة في مجال العقود الإدارية يغدو جلياً في القرارات المنفصلة التي تمهد لإبرام العقد وميلاده، والتي تمتد من أول الإجـــراءات الـــتي تتخذها الإدارة بصدد عملية التعاقد من مرحلة الإعلان حتى صـــدور قـــرار إبـــرام L'ACTE DE CONCLUSION الذي يجوز الطعن فيها استقلالاً بأسلوب تجاوز السلطة.

وعـــلى ذلـــك فكلتا النظريتين تطبق في مادة العقود الإدارية، الانحراف بالســلطة ومجالـــه الخصـــب القرارات المنفصلة Les actes detachables غير المشروعة في العملية التعاقدية، والسبب غير المشروع لمواجهة انحراف الإدارة أو المتعاقد معها عن الغرض المشروع، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، إذ قضـــى بـــبطلان اتفاق الإدارة المبرم بينها وبين المتعاقد معها استناداً إلى عدم مشروعية قرار إبرام عقد لاستهدافه إشباع مصالـــح شخصية Pour satisfaction d'interets prives.

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1921/11/25، المشار إليه سابقا.

واستناداً إلى ما تقدم إذا أصدرت الجهة الإدارية قراراً بإبرام العقد، وكان هــذا القــرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، كان العقد باطلاً استناداً إلى تلك النظرية.

ولــو أبــرمت العقد بقصد تحقيق مصالح خاصة استناداً إلى اتفاق سري بيــنها وبيــن المــتعاقد معهــا كان العقد باطلاً استناداً إلى نظرية الباعث غير المشروع[1].

والخلاصـــة يمكن الأخذ بكلتى النظريتين التقليدية والحديثة في السبب في مــادة العقود الإدارية، حيثُ يترتب البطلان المطلق للعقد، ليس فحسب إذا كان الســبب غير مشروع، لكن إذا انعدم السبب، كما يترتب البطلان النسبي إذا كان الســبب مغــلوطاً، أو غيــر صــحيح، كــل ذلك إضافة إلى نظرية الانحراف بالسلطة[2].

ويمكــن اعتبار عقد المساهمة L'offer de concour عقداً نموذجياً، يثير مســائل وتطــبيقات هامة بالنسبة لنظرية السبب في العقود الإدارية، إذ قد يكون المســاهم ذا مصلحة في تعهده، والعكس، كما قد يكون تعهده تبرعاً أو بعوض، وقــد يتقدم بعطائه بصورة مبتدأه، ومن تلقاء نفسه:D' OFFICE، أو من جانب الإدارة وقــد تكون المساهمة لقاء مبلغ، أو مقابل شيء عيني، وقد يكون التعهد منجزاً، أو مشروطاً.

وبطــبيعة الحال فهذا العقد يخضع للنظرية العامة للعقود الإدارية، وبذلك فالمصلحة العامة هي التي تحمله وتؤسسه، وبالتالي فهذا العقد يغدو باطلاً بطلاناً

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1954/3/5، منشورفي R. J.P.U.F سنة 1954، ص 642.

(2) حكــم مجلس الدولة الفرنسي: 1870/7/21، قضية MOUSSET، المجموعة، ص 119.

مطـلقاً إذا أسـس خـلاف ذلك، كأن يحمل لداعي المقامرة أو الربح أو المنفعة الشخصية.

عـلى أنـه مـن الصعب – إن لم يكن من المتعذر – الكشف عن حقيقة السـبب الدافع إلى التعاقد في عقد المساهمة لا سيما في مرحلة الإبرام، باعتبار ذلك مسألة تتصل بالنوايا الداخلية، مما يتعذر معه للقضاء التعامل معها، وتسليط الرقابة عليها، وهكذا فإن اكتشاف هذه النية لا يظهر إلاّ في مرحلة التنفيذ، وهذا مـاحدا بعـض الفقهـاء للأخذ بفكرة الشرط الفاسخ أو السبب الفاسخ في عقود المسـاهمة، إذا ما تبين أن مقدم العطاء مدفوع بعوامل ذاتية تتعارض مع طبيعة العقود الإدارية التي تستهدف الصالح العام[1].

وهنالك ملاحظة أخيرة تتعلق بعدم المشروعية الجزئية للسبب، فهذا الأمر يـؤدي إلى البطلان الجزئي للعقد فيما يتصل بجزء السبب المعيب مع بقاء العقد قائماً وسليماً في باقي أجزائه[2].

---

(1) " دي لوبادير ": العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 122، مجلس الدولة الفرنسي 1926/11/26، ص 234، قضـية DOUBS، داللوز 927، ج3، ص57، وحكمه في 1950/1/13، قضية N. C.P، المجموعة، ص30 – وانظر د. النجار: نظرية البطلان، ص 143.

(2) Simler (PH) la Nullite partielle dand ectes Juridiques, Paris, 1969, P.26.

الباب الثاني

حالات البطلان الناجمة من تنفيذ العقد

تمهيد:

وسنجتزئ في هذا الباب العيوب التي تنشأ من تنفيذ العقد، أي في حال وضع العقد في الدينامية والحركة، وهذا هو موضوع الفصل الأول من هذا الباب، وإن كنا سنعرض – في الفصل الثاني – نظرية الانعدام في العقود الإدارية لسبب بسيط هو أن هذه النظرية تأتي تتويجاً للقسم الأول من جهة ولأن نظرية البطلان المطلق والنسبي للعقود الإدارية جاءت مبثوثة في مادة الباب الأول وكافة تضاعيفه وشرايينه.

ولا حاجة للتدليل بأن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد: La regle de continuite et regularite de service public وقابليتها للتغيير والتبديل في كل وقت regle de mutabilite هي التي أدت إلى اتسام عقود الإدارة بسمات تميزها من العقود المدنية، ومن ثم فالمتعاقد في حقيقته مساعد للإدارة ومعاون لها في تسير المرفق collaborateur وهذا ما يفسر السلطات الواسعة والخطيرة للإدارة التي لا نظير لها في القانون المدني، من ذلك القواعد التالية:

1- نظريات الظروف الطارئة وعمل الأمير والتوازن المالي للعقد.

2- تعديل التزامات المتعاقد.

3- الطبيعة الشخصية للعقد Intuitus Personae.

وبالطـــبع فـــالإدارة تتمتع بهذه المكنات لسبب واحد هو تحقيق المصلحة العامـــة ليـــس إلاّ، وخروجها على هذا المقتضى يعتبر عملاً غير مشروع، هذا فضلاً عن موازنة هذه الصلاحية بحقوق الأفراد لا سيما الشرط المالي، والقانون الإداري هـــو دائمـــاً القـــانون الجاهد المجتهد لتحقيق التوازن الدقيق بين حقوق الإدارة " الصالح العام " وحقوق الأفراد.

وفـــي إطـــار هذا التقييم العريض تحدث اختراقات وأخطاء من كل من الإدارة والأفـــراد المـــتعاقدين خـــلال تنفيذ العقد، وهذه الأخطاء كثيرة ويصعب حصرها، وإن كنا نميل للتعرض إليها على سبيل المثال لا الحصر، لسبب بسيط هـــو أن تلك الأخطاء تمثل حال السلب في طبائع الأشياء، وحالات السلب تتأبى فـــي جوهرها وماهيتها على الحصر، والتعيين، لأن السلب هو انتفاء الإيجاب ، وهذا الانتفاء هو الحال المرضية التي تعني الانكماش والتقلص، هو الوجه الآخر للإيجاب والصورة المعاكسة له.

الفصل الأول

التنفيذ الشخصي للعقد

إذا حصـــل التـنازل عن العقـد دون موافقــة الإدارة[1]، فهذا التنازل يعتــبر بــاطلاً بطلانـــاً مطلقاً من متعلقات النظام العام، ويكون خطأ من جانب المـتعاقد، يـترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عنها في العقد وخصوصاً فسخه[2].

ونجد أساس هذا الالتزام بأن الإدارة كثيراً ما تختار المتعاقد لأسباب فنية تـتوفر به، هذا فضلاً عن أن التنازل عن العقد كثيراً ما يخفي محاولات التهرب من التنفيذ[3].

وتختلف قوة هذا الالتزام من عقد لآخر، وإن كانت ذروتها تتجلى في عقد امـتياز المرافق العامة، هذا فضلاً عن الالتزام المذكور يظهر أثناء انعقاد العقد، أو في حال تنفيذه[4].

وتوضيح ذلك أن القاعدة المسلم بها أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية، أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات la sou-traite، إلاّ بموافقة الإدارة مقدماً L'autorisation prealable .

---

(1) مـبدأ الموافقــة المسـبقة للتـنازل مستقر في الحياة الإدارية في سوريا، وهو أحد متضمنات دفاتر الشروط العامة، وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 310.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 432.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 299.

(4) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 300.

ولعل أهمية هذه القاعدة حدت الشارع إلى النص عليها في أكثر من نظام قانوني[1].

وهذا هو اتجاه محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1956/6/27 إذ أكـدت مـبدأ شخصية التزامات المتعاقد بقولها: فلا يجوز لــه أن يحل غيره فيهــا وأن يتعاقد بشأنهــا من الباطــن إلاّ بموافقــة الإدارة، فإذا حصل التنازل عــن العقـد الإداري، بــدون موافقــة الإدارة، فــالتنازل يعتبر باطلاً يتعلق بالنظام العام، ويكــون خطأ من جانــب المتعاقد يتـرتب عليه توقيع الجزاءات المنصــوص عليها في العقد، وخصوصاً فسخه أو إلغاؤه على اعتبار أن الخطأ المذكور خطأ جسيماً، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن، فليس للمتعاقد أن يعهد تنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر.

وتطــبيقاً لهــذه المــبادئ، قضت هذه المحكمة بسلامة موقف الإدارة إذ فسخت العقد المبرم بينها وبين أحد الأفراد والذي يخول حق استخراج الجبس من مــنطقة معيــنة، حيــن ثــبت لــلإدارة أن المتعاقد قد تنازل عن عقده لإحدى الشركات[2].

كما أنها في حكمها الصادر في 1960/6/30 قررت ان إقدام المدعي على الــتعاقد مع الجهة الإدارية، ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوقه لأحد المحرومين مــن دخــول مناقصــات الوزارة، يعد من قبيل الغش والتلاعب في نطاق العقد الإداري، ممــا يفسخ به العقد تلقائياً بغير إنذار، ومما يبرر حرمان المدعي من دخول المناقصات[3].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 431.

(2) الحكم الصادر في 1957/11/10 القضية رقم 198 لسنة 11 قضائية.

(3) السنة 14، المجموعة، ص 69.

ومــع ذلــك يجــب الــتمييز بين التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً، وبين الاتفاقــات الــتي قــد يبرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته[1] الــتعاقدية ســواء فيما يتعلق بحصونه على الموارد المالية، أم المعونة الفنية، أو شراء الأصناف المطلوب فهذا النوع من التعاقد جائز بصورة عامة، تفريعاً على حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته[2]، ولا يحد هذا المبدأ إلاّ ما قد يرد في العقد صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة، أو من شركات معيــنة، أو مــا قــد يرد في اللوائح والقوانين بهذا الصدد، كتحريم التعامل مع إسرائيل، أو الاستعانة بشركات تتعامل معها[3].

وهذا ما أبرزته محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 1957/6/27 ((السالف الذكر))، حيث قالت: والتحريم هنا لا ينصرف في حال حصــول المتعاقد على الأشياء والمواد الأولية اللازمة لتنفيذ عقده من الغير، أو اتفاقــه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية، إذ أن مثل هذه التصرفات جائزة إلاّ إذا نص العقد صراحة على تحريمها. وإنما يحرم على المتعاقد أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها.

ويترتب على مخالفة المتعاقد لذلك النتائج الآتية:

1- إن التعاقد من الباطن، أو التنازل بغيــر موافقــة الإدارة لا يمكن أن يحتج بــه فــي مواجهــة الإدارة، Inopposable a l' administration فلا يكون بين المتــنازل إليه وبين الإدارة أية علاقة[4] ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في

---

[1] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 632.

[2] حكــم مجلــس الدولــة الفرنسي الصادر في 1927/3/11، قضية LORENZO، المجموعة، ص 314.

[3] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 423.

[4] حكـــم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1924/7/9، قضية، Ste elect de la vallee d'auge، المجموعة، ص 656.

مواجهـــة الإدارة، كمـــا لو كان التنازل أو التعاقد من الباطن غير قائم، وقد يشكل خطأ عقدياً إذا نزلت ظلامه على الإدارة[1].

زد عـــلى ذلـــك فالمادة 83 من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر اعتـــبرت المـــتعاقد الأصلي مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه، أو المتعاقد من الباطن[2].

والمســـلم به وفقاً للقواعد العامة، أنه لا علاقة تعاقدية البتة بين الإدارة، وبيـــن المتـــنازل إليـــه، أو المتعاقد من الباطن، إذا لم توافق الإدارة مقدماً على التنازل أو التعاقد من الباطن[3] وإن كان لـــه أن يرجع عليها على أساس آخر لا ســـيما فكرة الإثراء بلا سبب، كما أنه يستطيع بصفته دائناً – أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد المقررة لذلك[4].

ولـــلإدارة ألا تمكن المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن من المساهمة في تنفيذ العقد، بل تستطيع طرده من الورشة[5].

ثانيـــاً: إن تنازل المتعاقد عن عقده، أو تعاقده من الباطن يكون خطأ في تنفيذ العقد: Une faute contractuelle، وهذا الخطأ يبرر توقيع أقصى العقوبات،

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنســـي الصادر في 1951/6/5، قضية، OMMUNE DE LES PARROU، المجموعة، ص3، – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 302.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 435.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1924/7/9، قضية، Ste continental du Gaz، المجموعة، ص 657.

(4) حكـــم مجـــلس الدولـــة الفرنســـي الصادر في 1931/6/16، قضية BONNIOL، مجموعة سير 931 القسم الثالث، ص 57.

(5) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 435 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 302.

أي فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد Resiliation au torts griefs du contactant وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد، أم لم ينص[1].

2- وللإدارة أن توافق – دون التقيد بشكل من الأشكال في التعبير عن إرادتها – على رغبة المتعاقد معها في النزول عن عقده أو في التعاقد بخصوصه من الباطن[2].

3- ما مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده، أو التعاقد من الباطن ؟؟..

يمكن التأكيد أن الإجابة عن هذه الأسئلة من وجهة التطبيق القضائي كانت واضحة بالنسبة لعقد الامتياز الذي تبرز به السمة الشخصية، ويمكن تلخيص موقف مجلس الدولة الفرنسي حيال ذلك في النقاط الآتية:

أ- إذا تقدم الملتزم بطلب إلى الإدارة بالخصوص الآنف الذكر، فعلى الإدارة أن تجيب عن ذلك بالميعاد المناسب Un delai raisonable، حيثُ لا يجدي بها الصمت، وإلاّ تعرضت للمسؤولية[3].

ب- يجب أن يحمل رفض الإدارة على مقتضيات الصالح العام مستندة في ذلك إلى أسباب معقولة، كأن يقدم المتعاقد الجديد كفالة ضعيفة[4].

---

(1) مجلس الدولة الفرنسي: 1905/6/2، قضية، CIE DEPART DES EAUX، مجموعة سيري، 907، القسم الثالث، ص 39، مع تعليق: ROMIU، وحكمه في 1926/9/17، قضية MONNOT، المجموعة، ص 1124، – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 303.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 435.

(3) حكم المجلس في 1932/2/19، قضية MALON، المجموعة، ص 206، وفي 6/ 1946/2، قضية DEFFARGERS، المجموعة، ص 41.

(4) حكم المجلس في 1944/3/8، قضية COMMUNE DE BALAGUERE، المجموعة، ص80.

وهنا يستطيع المتعاقد أن يحصل على حكم بإلغاء قرار الإدارة بالرفض، كما أن له فسخ العقد، أو التعويض[1].

وإذا وافقت الإدارة على التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد ، ترتبت على موافقتها آثار هامة، وإن كان القضاء يفرق بين الحالتين الآتيتين:

أولاً: التنازل الكلي عن العقد: LA CESSION

وهـــنا يـــترتب عـــلى موافقة الإدارةحلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصـــلي فـــي التزاماته في مواجهة الإدارة، حيثُ تنشأ بين الإدارة وبين الحال علاقـــة تعاقديـــة مباشرة، بل يعتبر الحال هو المسؤول، أمام الإدارة ما لم ينص عـــلى غير ذلك، ويتحرر المتعاقد من التزامه[2] وإن كانت معظم العقود الإدارية في فرنسا تجري على النص على بقاء الملتزم الأصلي ضامناً للمتعاقد الجديد.

ثانياً: المتعاقد من الباطن LES SOUS-TRAITES، أوالمتعهد الثانوي:

هـــنا تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين المتعاقد الأصلي والإدارة، بحيثُ لا يصـــبح المتعاقد من الباطن طرفاً في العقد، بل وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي حتى عام 1953 على إنكار كل علاقة تعاقدية بين المتعاقد الباطن، وبين الإدارة، وبالمقـــابل فـــلا يرتب المجلس على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن. إلاّ نتيجة هامة واحدة، وهي أن تلك الموافقة تجعل التعاقد من الباطن مشروعاً، ولا تســـتطيع الإدارة أن تتـــنكر له، وإلاّ ارتكبت خطأ تعاقدياً يوجب مسؤوليتها أمام المتعاقد الأصلي[3].

---

(1) حكـــم المجلس: 1908/11/13، قضية WILLAUME، وحكمه في 1942/3/20، قضية DAME BASTIL، المجموعة، ص 97.

(2) حكم المجلس: 1927/11/4، قضية WILL D'ELBEUF، المجموعة، ص 1015

(3) حكم المجلس: 1894/11/30، قضية VILL DE TOULOUSE، المجموعة، ص 641.

وبالطبع فالمتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة، حيثُ تَرجع عليه في حال التقصير، وله وحده المطالبة بالحقوق المتولدة عن العقد، ولا علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، إلاّ ما يرد به نص صريح في النصوص[1].

وفي حال التعاقد من الباطن تثور نقطة هامة هي – تبعاً للتعاقد بين المتعاقد الأصلي ومعاونه – ما إذا كان الأول قد احتفظ أم لم يحتفظ بالإدارة العامة، وبتبعية المشروع، وبشكل خاص ما إذا كان الثاني هو الذي يتلقى أوامر التنفيذ من الإدارة (تنازل)، أم من المتعاقد الأصلي (تعهد ثانوي)[2].

وبطبيعة الحال فإن قاعدة الموافقة المسبقة لا تنطبق على الاتفاقات الأخرى التي مدارها تعاون مالي أو فني مبرم بين المتعاقد الغير، مثل الممولين للحصول على رؤوس أموال، كما لا تطبق من حيثُ المبدأ على الطلبات التي يحصل بواسطتها المتعاقد من الغير على البضائع التي تعاقد على توريدها إلى الإدارة لتسعفه في تنفيذ هذا التوريد[3].

---

(1) حكم المجلس: 1929/7/21، قضية Ste anonyme des etab christiani، المجموعة، ص617، وحكمه الصادر في 1946/6/18 قضية FRANCAISE STE DE MATERIAUX، المجموعة، ص 617، وحكمه الصادر في 18/6/ 1946، قضية STE FRANCAISE DE MATERIAUX، المجموعة، ص 21.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 301.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 302.

الفصل الثاني

الحالات الأخرى للبطلان

في منطقة تنفيذ العقد الإداري

وكما قلنا سابقاً، فهذه الحالات متعددة، وحسبنا التعرض إلى بعض الأمثلة عن ذلك.

1- حالة تعديل شروط العقد من قبل الإدارة: لا حاجة للتأكيد بأن للإدارة سلطة تعديـل شروط العقد، لا سيما تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام Le clauses qui interessent la fonctionnement du service public.

وبطبيعة الحال، فهذا التعديل، يخضع لقواعد المشروعية La principe de la legalite administrative الإدارية، أي يجب أن يصدر عن السلطة المختصة، ووفقـاً للأشكال المقررة قانوناً، بحيثُ أن للمتعاقد التمسك ببطلان كل ما يخالف ذلك[1].

ويشـترط في هذا التعديل أن لا يتجاوز حداً معيناً بأن يكون المتعاقد أمام عقد جديد يقلب اقتصاديات العقد السابق رأساً على عقب Le bouleversement du contrat et de son economique general.

---

[1] مجـلس الدولـة الفرنسـي: 1930/7/18، قضية P. L. M. et AUTRES، مجلة القانون العام، سنة 1931، مع تعليق المفوض JOSSE.

وهـذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بأن حق التعديل يجب ألا يؤدي إلى إرهاق المتعاقد فنياً واقتصادياً، وإلاّ صار له أن يمتنع عن التنفيذ، ويطلب فسخ العقد[1].

وبالنسـبة لعقـد التزام المرافق العامة، إذا ما استهدفت الإدارة مضايقة الملـتزم كي يتنازل عن الالتزام، وتتولى الإدارة بنفسها، أو لتحل محل الملتزم ملتزماً آخر نفعاً له، فإن تصرفها يغدو مشوباً بعيب الانحراف[2].

وعلى هذا فالإدارة تلتزم بشرط عدم المنافسة Le privilige d'exclusivite اللهم إلاّ إذا تغيرت الظروف، وتطلبت مقتضيـات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط، كما في حال تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة[3].

ويجـب عـلى الإدارة أن تحـترم مقتضيات حسن النية L'obligation d'execuer de bonnefoi [4].

ولا يجوز للإدارة بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد أن تسحب جزءاً من العمـلية الـتعهدية إلى مـتعهد آخر، أو أن تنفذ العمل بنفسها، فتحول بذلك بين المتعاقد، وبين تنفيذ التزاماته العقدية[5].

ولا يحق للإدارة دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام أن توقف تـنفيذ العقـد، فترفض مثلاً تسليم باقي البضائع المتفق على توريدها، أو توقف

---

(1) حكمها الصادرفي1956/9/16، سبقت الإشارةإليه وحكمها الصادر في 1957/6/3 (السالف الذكر) وانظر د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 462.

(2) مجلس الدولة الفرنسي: 1925/4/3، قضية VILLE DE MASCARA.

(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1950/4/21، قضية NUNCIE، المجموعة، ص 231 – وانظـر حكـم محكمـة القضاء الإداري في مصر: 1956/3/11، مجموعة السنة العاشرة، ص 239.

(4) مجـلس الدولـة الفرنسـي: 1948/6/9، قضية SYNDIEAT DU CANAL MOKTAMKLOUF، ص 13.

(5) المحكمة الإدارية العليا في مصر، السنة الثانية، ص 937.

العمل في المشروع المتفق على تنفيذه، ولو لم تنفذه بنفسها، أو تعهد به إلى غير المتعاقد[1].

وتلتزم الإدارة باحترام المدة المقررة في العقد، وإذا كان العقد خالياً من تحديد ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بالمدة المعقولة للتنفيذ مع مراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول[2].

والإدارة لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، كأن تقوم بنزع ملكية بعض الأراضي بما يترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها[3].

وقد حكم المجلس بمسؤولية الوزير الذي يرفض منح ترخيص بالبيع، إذا ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد، وكان العقد يجيز لهذا الأخير أن يلجأ إلى هذا البيع[4].

وحكم بمسؤولية الدولة إذا أنشأت حديقة عامة، وترتب على ذلك الحد من حق الصيد للشركة المتعاقدة[5].

وبصورة عامة يملك القاضي إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة والصادرة عن الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد، كما يستطيع أن يحكم على الإدارة بالتعويضات – وهو المسلك الأصيل للقضاء الإداري – إضافة إلى فسخ العقد بسبب خطأ الإدارة[6].

---

(1) مجلس الدولة الفرنسي: 1930/6/28، قضية BARRE، المجموعة، ص 89.
(2) حكمه الصادر في 1951/2/7، قضية VILLE DE PARIS، المجموعة، ص 76.
(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1941/3/14، قضية RODA، المجموعة، ص 44.
(4) 1928/6/27، قضية BOUXEI، المجموعة، ص 136.
(5) 1937/10/22، قضية CIE GENERALE DES ILE KERGUELEN، المجموعة، ص 839.
(6) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 564.

القسم الثاني

رقابة القضاء على عيوب العقد الإداري

وسنفرع على هذا القسم عدة أبواب نتكلم في الباب الأول على نظرية الانعدام والبطلان في العقد الإداري، ثم نردف ذلك بالكلام على تقرير البطلان، وذلك في الباب الثاني، على أن نتكلم في الباب الثالث على آثار البطلان في العقد الإداري.

الباب الأول

نظرية الانعدام والبطلان في العقد الإداري

وسنفرع على هذا الباب فصلين نتكلم في الفصل الأول على نظرية البطلان المطلق والنسبي.

الفصل الأول

نظرية الانعدام في العقد الإداري

هل لفكرة الانعدام مجال في العقود الإدارية؟؟..

يرى بعض الفقهاء المحدثين وخاصة " جيز " أن لهذا الانعدام مجالاً في العقود الإدارية، لا سيما في الحالات الآتية[1]:

1- إبرام العقد من قبل موظف غير مختص.

2- مخالفة القواعد المتعلقة بشكل العقد.

3- انعدام قرار التصديق على العقد، إذا كان خاضعاً لنظام التصديق.

بيد أن الفقه في غالبيته لم يسلم بذلك، وبالمقابل فقد اتجه إلى أن الانعدام في العقود الإدارية لا يكون إلاّ في حال إبرام العقد من موظف غير مختص، ولا يمد حالات الانعدام إلى الحالات التي قال بها " جيز "[2].

---

(1) Jese (g): Les contrats adminstratifs de l'Etat, des departments des etablissement publics T, 11, 1932, P. 53.

(2) Piquinot: Theorie generak du contrat administrative, these, Montepellier, 1954, P. 303.

إذاً يجـــب طرح السؤال مرة ثانية، لنقول: هل هنالك نظرية للانعدام في العقود الإدارية؟؟..

يجيـــب الأستاذ AUBY (رسالته القيمة عن نظرية الانعدام في القرارات الإداريـــة) عــن ذلك بالنفي مؤكداً عدم وجود مثل هذه النظرية بالنسبة للعقود الإدارية[1].

أمـــا مجـــلس الدولـــة المصري فلم يصـــدر عنه حكم أو فتوى يتعلقان بذلك[2].

ولقـــد نطـــق صـــراحة مجـــلس الدولة الفرنسي بلفظ الانعدام في العقود الإدارية، وذلك في حكمه الصادر في 1925/9/23، حيث قضى بانعدام عقد امتياز مبطلاً بذلك قرار مجلس المديرية بسبب تجاوز السلطة[3].

لكـــن هـــل يعني أنه يمكننا الحديث عن نظرية عامة للانعدام في العقود الإدارية؟؟..

وحقيقـــة الأمـــر أن مجـــلس الدولـــة الفرنسي، ومثله معه مجلس الدولة المصـــري يأخذ بالانعدام في العقود الإدارية، عندما يبرم العقد من شخص غير ذي صفة قانونية[4].

أما مجلس الدولة المصري فقد نطق بلفظ الانعدام في العقود الإدارية في حكـــم واحد يتعلق بالانعدام المادي للعقد، وليس بالانعدام القانوني، قاصدين من

---

(1) Auby (J.M): La theorie de l'inxistence des actes adm, these, Paris, 1951, P. 223.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 237.

(3) C. E, 23 Dec.1929, Dam Bava, Rec, P.1047.

(4) مجلس الدولة الفرنسي: 1973/2/14، قضية GIBILLE، المجموعة، ص 109 – وانظر د. النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 238.

الانعـــدام المـــادي مجرد المفاوضات بين المتعاقد والإدارة، ودون أن يكلل ذلك بتوقيع العقد[1].

ويمكن القول إن نظرية الانعدام في فرنسا قد ظهرت في معرض تكييف الـــتزام غير مشروع ومخالف للنظام العام، كما جاء على لسان مفوض الحكومة المتضـــمن: عندما يتعلق الأمر بمصالح خاصة فالالتزامات الكاملة للبطلان، أو للفسخ يكون لها وجود قانوني، طالما أن البطلان لم يطلب، لكن الحال ليس كذلك فـــي الالـــتزام غير المشروع، ذلك أن البطلان يكون بغير حاجة للحكم به لأنه مقرر بقوة القانون، ومن ثم لا يمكن تنفيذ العقد أو إعطاؤه قيمة قانونية بالتصديق عليه، ولو اتفق على ذلك صراحة[2].

والواقـــع أنـــه يجـــب تطبيق هذه المبـــادئ، وإن كانت تتعلق بالبطلان المطـــلق: NULLITE ABSOLUE، وليس بالانعدام، وهذا ما يرتب اعتبار العقد كأن لم يكن.

ويمكن القول إن مجلس الدولة الفرنسي أراد تقرير حق البلدية، بأن تنازع في الحساب حتى بعد الاستلام النهائي، وإن كان هذا يخالف الحل المقبول عادة، إلاّ أن تفسير ذلك، يرجع إلى أن المجلس طبق قاعدة الغش يفسد كل شيء Fraus omnia corrompit، وليـــس مـــن الضـــروري التمسك بانعدام العقد، بين العمدة والمقاول[3].

---

[1] محكمة القضاء الإداري في مصر القضية رقم 155 لسنة 12 قضائية، المجموعة، ص 17.

[2] رسالة ((أوبي)) السالفة الذكر، ص 224.

[3] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 240.

وعلى ذلك فلا توجد نظرية للانعدام في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والأحكام التي صدرت عن هذا المجلس تتعلق بقواعد الاختصاص في تكوين العقد الإداري، (عدم إبرام العقد من الموظف المختص)[1].

هكذا قضى المجلس بأن العقود التي لم يصدق عليها، أو التي لم تبرم نهائياً، لا يمكن أن يكون لها أي تنفيذ، ولا يمكن التمسك بها حتى من قبل الإدارة من أجل تطبيق الجزاءات[2].

ولقد استخدم المجلس صيغاً مختلفة، فكان يقرر أن الأمر يتعلق بمجرد محادثات لا تنشئ أي وضع قانوني تعاقدي، أو يقرر بأنها مجرد مشروع.

على هذا يمكن تمييز الحالتين الآتيتين[3]:

أ- حالة عدم إبرام العقد، فنحن هنا حيال تبادل في وجهات النظر Echanges des Vues، أو ما سبق تسميته (بالانعدام المادي)، أو مجرد موافقة مادية.

ب- إذا أبرم العقد دون أن يصدق عليه من قبل سلطة الوصاية، فهنا نحن أمام عقد لا ينتج أي اثر SANS EFFET[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 240.

(2) C. E. 16 OC, 1921, Ste industrielle de Kapok, Rec, P. 302.

(3) C. E. Dec, 1925, Pagine, P. 964

(4) Auby, op, Cit, P. 226.

ونخلص من كل ما ذكر للتأكيد بأنه لا توجد نظرية عامة للانعدام في العقد الإداري، وإن كان بعض الفقهاء يتمسكون بحالات يتيمة لا ترقى إلى مستوى تكوين نظرية، وهذه الحالات هي:

- إبرام العقد من سلطة غير مختصة.
- عدم إجراء المشاورات الخاصة بالمجالس البلدية.
- إبرام العقد بناءً على تفويض باطل، أو في حال تجاوز التفويض.
- تصديق العقد من سلطة غير مختصة[1].

ومن جهة أخرى، فالقضاء وإن كان قد لفظ بالانعدام، إلاَّ أنه لم يرتب على ذلك نتائج تختلف عن نظرية البطلان المطلق[2].

واستطراداً فالفقه في سوريا أدلى بدلوه في فكرة الانعدام العقدية، واعتبرها لا تأتلف مع روابط العقد الإداري، ناصحاً بإهمالها والتمسك فقط بفكرة البطلان المطلق والبطلان النسبي[3].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 247.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 247.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 172.

الفصل الثاني

نظرية البطلان المطلق والبطلان النسبي

على صعيد العقد الإداري

لا حاجـة للـتأكيد بأن كلاً من العقد والقرار الإداريين ينتميان إلى أصل واحد هو العمل الإداري، وبالتالي فعندما نبحث عن نظرية العمل الإداري يتأكد لنا أن هذه النظرية تمد رواقها وسماتها على كل أعمال الإدارة بما في ذلك العقد والقرار الإداريين، وبالطبع مع مراعاة دائرة التنوع لكل منهما.

ولا شـك أن دائـرة التـنوع بالنسبة للقرار الإداري هي كونه أداة تنفيذ النصوص وانغراسها كلياً في إطار ذلك، الأمر الذي حدا بعض الفقهاء للقول بأن الإدارة تقتصر على تنفيذ القانون.

ويتفرع على ذلك نتيجة هامة هي أن محدودية استقلال الإدارة – اللهم إلاّ في حال السلطة التقديرية المقيدة بدورها بقواعد الشرعية – يجعل العمل الإداري يخضع بصورة قاسية لشروط الشرعية، ومن هنا ولدت لدينا نظرية الانعدام على صعيد القرار الإداري.

والأمر على خلافه بالنسبة للعقد الإداري، فهذه الأداة القانونية وليدة مبدأ سـلطان الإرادة، وهذه الإرادة – وخلافاً لإرادة الإدارة في حال القرار – تترسم حـدود القانون ليس إلاّ، دون أن تكون نتيجة مباشرة لتطبيقه، وهو الأمر الذي يجعـل الإرادة – في حال العقد – تتحرر من قيود الشرعية، اللهم إلاّ في حدود النظام العام.

ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي ضعف قبضة قواعد الشرعية على العقد الإداري، بالمقارنة مع القرار، بما يتفرع على ذلك من نتيجة هامة هي غربة نظرية الانعدام في مجال العقد الإداري، كما سبق توضيحه.

هل يخضع العقد الإداري لنظرية البطلان المطلق والبطلان النسبي المعهودين في العقد المدني؟؟..

الجواب بالإيجاب، وإن كنا نؤكد أن تلك الحاكمية لم تكن نقلاً ميكانيكاً من مجال لآخر ــ بل هي تعبير عن فكرة القانون في ذاتها التي تجد تطبيقاً طبيعياً لها في مجال العقد الإداري يأتلف مع طبيعة العقد، ومع ماهيته الذاتية، مع ملاحظة نقطة هامة هي – استناداً إلى كون العمل الإداري بما في ذلك العقد الإداري يخضع لثقل الشرعية أكثر مما نجده في العمل الخاص – أن البطلان المطلق على صعيد العقد الإداري يجد له طريقه الأرحب، أكثر مما نجده في مجال العقد المدني[1].

ولما كانت المصلحة العامة هي معيار البطلان المطلق، وكانت العقود الإدارية تقوم أساساً على الصالح العام، لذلك وجدنا السبب والمبرر لولادة نظرية البطلان المطلق في هذا المجال، وليس البطلان النسبي.

ومع ذلك فقد اتجه القضاء الإداري إلى تقرير البطلان النسبي في عدة حالات منها عدم صحة العقد لفقدان موافقة السلطة الرقابية، قياساً على فرضية العقود المبرمة من قبل القاصرين في القانون الخاص[2].

ومن ذلك استخدام الإدارة إجراءات أخرى غير المناقصة أو المزايدة التي ألزمها بها القانون[3]، فقد يرد القضاء الإداري ذلك على أساس أن هنا مصلحة خاصة هي مصلحة الإدارة[4].

(1و2و3و4) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 173.

ومن تطبيقات البطلان النسبي كل ما يتعلق بأهلية المتعاقدين، ذلك أنه إذا كانت مخالفات الإدارة في إبرامها هذه العقود لقواعد اختصاصها مؤيدة بالبطلان المطلق، فإن قواعد أهلية المتعاقدين الأفراد مخصصة لحماية المصلحة الخاصة، وهي تقدر حسب أحكام القانون الخاص، ومؤيدات مخالفتها هي منطقياً البطلان النسبي[1].

وبالطبع فإن ما أوردناه آنفاً لا يراعي إلاّ بمقدار ما يكون القانون الخاص ذاته قد اعتبر البطلان نسبياً، إذ قد ينص القانون على أن مما يخالف النظام العام، تعاقد القاصرين، فالبطلان هنا كان نسبياً إلاّ أنه بفضل القانون أضحى مطلقاً[2].

والقاضي وحده هو الذي ينطق بالبطلان المطلق أو النسبي – كما سنبحثه مفصلاً – وإن كان يمتنع على المتعاقد الحصول على التعويض إذا قامت الإدارة بفسخ العقد بسبب عدم صحته وتبين للقاضي سلامة موقفها، هذا فضلاً عن أن القانون قد يؤهل الإدارة أحياناً للتلفظ بالبطلان كما يحدث بالنسبة لسلطات الوصاية التي تفسخ بعض عقود السلطات المحلية المخالفة للقانون[3].

---

(1) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 173.

(2) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 174.

(3) د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 174.

الباب الثاني

تقرير البطلان في العقد الإداري

وســنفرع على هذا الباب ثلاثة فصول، نتكلم في الفصل الأول عن حق التمسك بالبطلان، ثم نتكلم في الفصل الثاني عن الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقــد الإداري، على أن يكون موضوع الفصل الثالث ((تقرير البطلان بدعوى القضاء الكامل)).

الفصل الأول

حق التمسك ببطلان العقد الإداري

تمهيد:

وسنقسم هذا الفصل إلى الأبحاث التالية:

- صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان.
- سقوط الحق في التمسك بالبطلان.
- المسؤولية عن البطلان.

المبحث الأول

صاحب المصلحة في التمسك ببطلان العقد الإداري

تمهيد:

وبطـــبيعة الحال يجب التمييز هنا بين هذا الحق بالنسبة للبطلان المطلق، وبين ذلك بالنسبة للبطلان النسبي.

الفرع الأول

حق التمسك في حال البطلان المطلق

تضمنت المادة 142 من القانون المدني السوري ما يلي:

إذا كان العقد باطلاً جاز كل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

فالتمســك بالبطلان إذن لذي المصلحة، أما المصلحة، فهي حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه[1].

([1]) جميل الشرقــاوي: طبيعــة المحل والسبب في التصرف القانوني، المرجع السالف الذكر، ص 360.

وعلـى ضـوء ذلـك فللدائن أن يتمسك بالبطلان المطلق، ولو لم تتوافر شروط الدعوى غير المباشرة[1].

أمـا الغير الأجنبي إذا كانت مصلحته في التمسك بالبطلان لا تستند إلى حق يؤثر فيه العقد أو بطلانه، فلا يكون له أن يتمسك بالبطلان.

ويجوز التمسك بالبطلان في أية حال تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا، إذ أن الأمر يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولو لم يطلب أحد بطلان العقد[2].

ويجـوز لصاحب المصلحة أن يتمسك بالبطلان في صورة دعوى أو في صورة دفع[3] ؟؟؟ .

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 424.
[2] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 424.
[3] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 424.

الفرع الثاني

حق التمسك في حال البطلان النسبي

نصت المادة 139 من القانون المدني السوري على ما يلي: إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

ونلاحظ من هذه المادة أنها أطلقت تعبير القابلية للإبطال للدلالة على البطلان النسبي والواضح من نص المادة 139 أن الهدف المقصود من قابلية العقد للإبطال هو حماية أحد المتعاقدين ليس إلا، حيث يحق فقط لهذا الفريق أن يتمسك وحده بالبطلان .

هكذا يتضح أن التمسك بالبطلان النسبي لا يتم إلا ممن شرع البطلان لمصلحته كأن يكون المتعاقد ناقص الأهلية، أو ممن تعيبت إرادته بأحد عيوب الرضا.

وينتقل الحق في طلب الإبطال إلى الخلف العام[1].

ولدائني المتعاقد الذي شرع البطلان لمصلحته التمسك بالإبطال عن طريق الدعوى غير المباشرة ((المادة 236 مدني سوري)).

وليس للغير الذي يراد الاحتجاج عليه بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً أن يدفع ببطلانه، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإن جاز التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إلا أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض " الإدارية العليا "[2].

---

(1) نقض مدني مصري، طعن رقم 19، في 1958/2/27، مجموعة النقض، سنة 19، ع1، ص161.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 425.

الفرع الثالث

سقوط الحق في التمسك بالبطلان

يسـقط الحق في التمسك بالبطلان إما بالإجازة confirmation أو بالتقادم Prescription وهو أمر يختلف حسب نوع البطلان مطلقاً كان أم نسبياً، على ما هو آت.

المطلب الأول

الإجازة

يذهـب معظم الفقهاء ومعهم القضاء المستقر على أن الإجازة تعتبر سبباً لانقضاء الإدعاء بالبطلان النسبي، وهو أمر يسري في مادة العقود الإدارية[1].

ذلك أن الإجازة هي النزول عن الخطأ في التمسك بالإبطال أو في طلب الإبطال، ويملكها – بالطبع – من شرع الإبطال لمصلحته، أو هي تصرف يزيل به المتعاقد عيباً في عقد كان له الحق في إبطاله بسبب ذلك العيب.

ولا تحـتاج الإجازة لقبول الطرف الآخر، وتحدث آثارها دون حاجة إلى علم المتعاقد الآخر بها، وذلك على خلاف الإقرار Ratification .

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 426 – مجلس الدولة الفرنسي، قضية CHAMBRE SYNDICATE DES PROPRIETAIRES DE BAINS DE PARIS.، المجموعــة، سير، سنة 1907، ج2، ص4، مع تعليق " هوريو " – وانظر السنهوري: الوسيط، ج1، ص 514.

هذا ويشترط في الإجازة ما يلي[1]:

1- أن نكون بصدد عقد باطل بطلاناً نسبياً فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه إجازة لأنه معدوم.

2- أن يكون المجيز على علم بالعيب، ويقصد النزول عن التمسك به، وعلى ذلك فتنفيذ العقد دون العلم فيه بالعيب الذي شاب إرادته، لا يمكن أن يقال إنه كان بمثابة إجازة ضمنية.

3- يجب أن تصدر الإجازة في وقت يكون فيه العيب الذي شاب العقد قد اختفى.

4- لا يشترط في الإجازة صيغة معينة، إذا كانت صريحة، ويقع عبء إثبات الإجازة على الطرف الآخر مدعي الإجازة، وله أن يثبتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن.[2]

لكن ما هو الأثر القانوني المترتب على الإجازة ؟؟ ....

تضمنت المادة 140 مدني سوري على أن حق إبطال العقد يجوز بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتضمنت الفقرة الثانية من هذه المادة ما يلي: وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، ودون إخلال بحقوق الغير.

ويخلص أثر الإجازة في استقرار وجود العقد نهائياً، وزوال حق العاقد في طلب الإبطال سواء أكان عن طريق الدعوى، أم عن طريق الدفع، ولا حماية للغير الذي يكون قد تلقى حقه من المتعاقد الآخر الذي ليس له الحق في الإبطال[3].

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 427.

[2] نقض مدني مصري في 1972/2/15، ص 87، السنة 37، منشور في مجلة المحامون، ع3، ص55، سنة 1975.

[3] د. السنهوري: الوسيط، ج1، ص 518.

ولا تصحح الإجازة العقد، بل تقتصر على إزالة الخطر الذي كان يتهدده، وهـذا هـو الأثر الرجعي للإجازة، فالإجازة هي تأكيد العقد وإزالة التهديد الذي كان يحيق به.

ويمكن التأكيد أن هذه القواعد المدنية تعبر عن جوهر القانون، لذلك فهي تسري من باب أولى على العقود الإدارية بسبب تعلق هذه العقود بالمرفق العام، ومن شأن الأخذ بتلك القواعد استقرار المرفق العام[1].

المطلب الثاني

التقادم

لا شـك أن التقادم بعد سبباً لانقضاء الحق سواء في البطلان المطلق أم النسبي على التفصيل الآتي:

أولاً: التقادم بالنسبة للبطلان المطلق:

ويجب أن نميز هنا بين تقادم الدفع وتقام الحق في الإبطال.

أمـا تقـادم الدفع بالبطلان المطلق، فهو غير محدد بمدة معينة، وهذا ما نطقـت به المادة 142 مدني سوري، إذ أجازت التمسك بالبطلان من قبل كل ذي مصلحة دون أن تحدد مدة معينة تنقضي فينقضي الحق بذلك[2].

أمـا بشأن الحق في الإدعاء، فقد حددته المادة الآنفة الذكر خلال خمسة عشرة سنة اعتباراً من إبرام العقد.

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 429.

(2) انظر بهذا المعنى – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 430.

ولا حاجــة للــتدليل بأن الذي يبرر أبدية الدفع هو كونه لا يهدد وضعاً مستقراً مهماً طال عليه الزمن خلافاً للإدعاء بحق البطلان، فهذا الإدعاء لا يمكن أن يترك على عواهنه دون مبدأ أو شرط، بما يترتب على ذلك من نتائج أخصها استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

واســتطراداً فالأعمــال التحضيرية للقانون المدني المصري تقطع باتجاه المشرّع للأخذ بأبدية الدفع كأمر مسلم به لا يحتاج إلى نص[1].

ثانياً: التقادم بالنسبة للبطلان النسبي:

تضمنت المادة 141 مدني سوري ما يلي:

1- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة.

2- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السـبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

وإذا كان أساس التقادم في البطلان المطلق هو الرغبة في الاستقرار فإن الأســاس فــي الــبطلان النسبي هو رغبة المشرّع بأن يقصر مدة الشك التي لا يعرف فيها العقد، هل سيظل أم لا[2].

ولقد ذهب رأي في الفقه إلى أن أساس ذلك هو قرينة الإجازة المفترضة presumee[3].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 431.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 432.

(3) يذهــب د. السنهوري إلى أنها إجازة ضمنية الوسيط، ج1، ص 520، - د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 392، ويعتبرها إجازة مفترضة.

ويترتب على اعتبار التقادم إجازة ضمنية أو مفترضة انقلاب العقد صحيحاً بعد انقضاء مدة التقادم.

أما في حال البطلان المطلق، فلا يترتب على مضي المدة أن ينقلب العقد صحيحاً، بل يظل باطلاً، إنما يسقط الحق في الإدعاء به، وإن بقي الدفع قائماً.

وبالنسبة للدفع بالبطلان النسبي، فمن المعلوم أن هذا الدفع غير محدد بمدة بالنسبة للبطلان المطلق خلافاً للأمر فيما يتعلق بالبطلان النسبي[1] إذ أن الفقه الفرنسي يقرر أبدية الدفع بالنسبة للبطلان بنوعيه: المطلق والنسبي[2].

ونحن نرى ضرورة أن يكون الدفع بالبطلان النسبي مقيداً بمدة معينة، هي المدة التي حددتها المادة 141 مدني سوري، وإلاّ ما معنى تحصن العقد وانقلابه إلى عقد سليم.

ولما كان التقادم لا يتعلق بالنظام العام، بل يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع، فإنه إذا لم يثبت أن الطاعنين قد تمسكوا أمامها بالتقادم، فلا يقبل منهم التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ((الإدارية العليا))، ولا يفترض النزول عن التمسك بالتقادم، ولا يؤخذ بالظن بذلك، وهذا الدفع موضوعي[3].

ويجدر التنويه بأن القضاء يرفض الدفع بسقوط الحق بالتقادم الذي لا تنتهي به الخصومة كلها أو في شق منها، ولا يجوز الطعن به إلاّ مع الحكم الصادر في الموضوع[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 433، فهو يحدد مدة ثلاث سنوات للأخذ بالدفع ويطبق ذلك على العقود الإدارية.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 433.

(3) نقض مدني مصري حكم رقم 123 لسنة 38، قضائية في 1974/2/26، مجموعة السنة 25، ص 428.

(4) نقض مدني مصري رقم 587 لسنة 25، قضائية في 1970/2/15، المجموعة سنة 21، ص 271.

وتقبل مدة التقادم الوقف والانقطاع شريطة أن يكون الحق المراد اقتضاؤه متحداً بين الخصوم نفسهم، بحيثُ إذا تغاير المكان، أو اختلف الخصوم، فلا يترتب على الإجراء القاطع للتقادم أي أثر[1].

ويترتب على التقادم سقوط الحق ببطلان العقد أو إبطاله، أي زوال الخطر الذي كان يتهدده، وهو في ذلك يشبه الإجازة.

وتذهب غالبية الفقه في مصر وفرنسا إلى أنه متى سقط الحق في التمسك بطلب الإبطال بالتقادم، فلا يجوز التمسك به بعد ذلك عن طريق دعوة مبتدأة، أو عن طريق الدفع في دعوى مرفوعة، وذلك على خلاف ما يجري عليه القضاء الفرنسي[2].

والقواعد السابقة في التقادم تسري على المنازعة الإدارية، ومن ذلك منازعات العقود الإدارية، وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في القضية رقم 1498 لسنة 13 قضائية بتاريخ 1973/2/18.

ويلاحظ أنه من غير المقبول أن تتمسك المصالح والهيئات العامة بعضها قبل بعض بالتقادم المسقط[3].

---

(1) طعن نقض برقم 372 لسنة 26 قضائية في 1971/3/16، المجموعة سنة 22، ص 305.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 434.

(3) محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية في 4/26/ 1973، مجموعة السنة 27، ص 239.

المبحث الثالث

المسؤولية عن البطلان

تضمنت المادة 125 من القانون المدني السوري ما يلي:

1- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

2- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

وهذا يعني أنه إذا ما أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ التزاماته كما تحددها الغاية الحقيقية لمن وقع في الغلط فيكون الغالط ملتزماً بقبول هذا التنفيذ، ولا يحق له التمسك بزوال التزامه نتيجة لبطلان تصرفه.

ولقد تعرض هذا الحكم إلى نقد من جانب بعض الفقه[1] إلاّ أن بعض فقهاء القانون يرون ضرورة التقيد به في الخصومة الإدارية بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة[2].

---

(1) جميل الشرقاوي: الرسالة السابقة، ص 397.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 435.

الفصل الثاني

قضاء الإلغاء في مجال العقد الإداري، متطوراً إليه من زاوية البطلان

مُقَدِّمَة:

إن التعــبير عــن إرادة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشــابكة، وقــد تكــون على مراحل متعددة، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحــوال، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفــة مــن الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده، وطبيعي أن يكون إبرام العقــد الإداري مســبوقاً فــي العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات، وهذا التبادل بوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة عقدية[1].

وهذا يعني أنه سواء في المنطقة التي تهيئ لولادة العقد الإداري، أم تلك الــتي تلحق إبرامه، في تلك المنطقتين تنشأ مجموعة من القرارات الإدارية التي هي بمعزل عن عملية التعاقد ذاتها.

والســؤال المطــروح هو ما تأثير تلك القرارات على العقد في حال عدم مشروعيتها، لا سيما أن ذلك العقد محمول عليها، وهي بمعنى من المعاني سبب في وجوده.

---

[1] حكــم محكمــة القضــاء الإداري في مصر الصادر في 1956/9/23، القضية رقم 1965 لسنة 8 قضائية، لسنة 11، ص 106.

مما لا شك فيه أن تلك القرارات تختلف في طبيعتها وماهيتها الذاتية عن العقد، وبذلك فمن المفروض أن تخضع للنظرية العامة للقرار الإداري، بما يترتب على ذلك من نتائج عدة أخصها جواز إلغائها بدعوى تجاوز السلطة، وهو الأمر الذي عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: " إن هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد، وتستهدف إتمامه، إلاّ أنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه[1] ".

ومن جهة أخرى، فإذا كانت هذه القرارات منفصلة في ماهيتها عن العقد، إلاّ أنها تسهم في تكوينه، فكيف يجب التعامل مع تلك القرارات، هل من منظور موقع العقد، أم من منظور طبيعتها الذاتية؟؟..

وحقيقة الأمر أن القضاء الفرنسي مر بمرحلتين قضائيتين على التفصيل الآتي:

1- لقد طبق هذا القضاء حتى أوائل القرن الحالي نظرية بمقتضاها كان يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد تمسكاً بوحدة العملية العقدية، وهي النظرية التي كانت تعرف بنظرية الإدماج: La theorie de l'incorpration.

بيد أنه منذ صدور حكم مارتان الشهير في 1952/7/4، حدث تحول كبير جداً في القضاء حول هذه الناحية، حيثُ هجرت نظرية الإدماج، وحلت محلها نظرية مناقضة لها تماماً هي نظرية القرارات المنفصلة La theorie des detachables.

---

[1] 1975/4/5 القضية رقم 456 ورقم 220 لسنة 17 قضائية، مجموعة السنة العشرين، ص 308.

وبمقتضى ذلك، فقد قبل القضاء الفرنسي الطعن في القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العقد، والطعن فيها استقلالاً عن العقد ذاته[1].

أما في مصر، فلقد لقي منهاج القرارات الإدارية المنفصلة قبولاً لدى مجلس الدولة المصري منذ نشأته، وبذلك أقدم هذا المجلس على فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد الذي تبرمه الإدارة عن العملية العقدية[2].

هذا وسنقسم الفصل المذكور إلى بحثين نتكلم في الأول على الطعن لتجاوز السلطة في مرحلة إبرام العقد، على أن نتكلم على هذا الطعن لتجاوز السلطة في مرحلة تنفيذ العقد مع دراسة خاصة لقضاء تجاوز السلطة بالنسبة لعقود الالتزام.

---

(1) قضية MARTIN، مجلة القانون العام سنة 1906، ص246، مع تعليق الأستاذ "جيز".

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 330.

المبحث الأول

الطعن لتجاوز السلطة في مرحلة إبرام العقد

وسنقسم هذا البحث إلى خمسة فروع نتكلم في الأول على القرارات التي تقبل الطعن بالإلغاء، ثم نتكلم في الثاني على أسباب الطعن، وفي الثالث على صفة الطاعنين، وفي الرابع على الطعن ضد العقد ذاته، وفي الخامس على أثر حكم الإلغاء.

الفرع الأول

القرارات التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء

قلنا إن المقصود بالقرار المنفصل، ذلك القرار الإداري المستقل عن عملية التعاقد في ذاتها، والذي يدخل في العملية المركبة التي تنتهي إلى إبرام العقد، ومن ثم التعامل مع القرار على أساس كيانه الذاتي دون إدماجه في العقد[1].

ونقصد بالقرار هنا كل قرار إداري يمهد لعملية التعاقد، وبذلك يدخل في مفهوم هذا القرار، القرار الذي يؤذن بإبرام العقد L'acte de conclusion du contrat .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر، في حكمها الصادر في 1956/11/18 بقولها: " يجب التفرقة بين العقد ذاته، أو بعبارة أدق الرباط

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 180.

التعاقدي، وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده ويجوز الطعن فيها بالإلغاء[1] ".

كما قضت هذه المحكمة بأن التعاقد بالطريقة المباشرة يقوم على قرار إداري ((الإذن بالتعاقد))، ومن ثم يجوز الطعن به بالإلغاء[2].

ويدخل في هذا الشأن قرارات سلطة الوصاية بالترخيص أو التصديق على العقد، أو برفض إبرامه[3].

والخلاصة يعتبر قراراً منفصلاً كل قرار سابق: anterieur على إبرام العقد نهائياً definilif، بما في ذلك القرار الذي بواسطته تجيز الإدارة، أو ترفض إبرام العقد، أو التصديق عليه.

هذا هو المعيار العام للقرار الإداري النهائي المنفصل، وإن كانت الحاجة ملحة لأن نعرض لبعض تلك القرارات بسبب أهميتها الخاصة، من ذلك القرارات المتعلقة برفض إبرام العقد، ثم القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات، وأخيراً القرارات الإدارية المخالفة لشكل العقد.

---

[1] القضية رقم 1180 لسنة 10 قضائية – 1956/11/18، المجموعة السنة الحادية عشر، ص 203.

[2] 1963/4/21، القضية رقم 329 لسنة 17 قضائية، مجموعة السنوات الخمس، ص 188.

[3] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 341.

المطلب الأول

القرارات الصادرة بتحرير العقد أو برفض إبرامه

وهنا نميز الحالتين الآتيتين:

-حـال رفـض الإدارة إبرام العقد، فهي هنا تتمتع بسلطة تقديرية بذلك، ومـع هـذا فهـذا القرار الإداري المنفصل لا ينجو من الطعن به إذا ما اخترق قواعد المشروعية، خلافاً لعملية التقدير في ذاتها – الملاءمة Opportunite، فهي بمنأى عن كل طعن.

ويـرى الدكـتور النجار أن هذا الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة يستوي في العقود الإدارية وفي العقود المدنية[1].

ونحن نخالف الدكتور النجار ونرى ضرورة التمييز بين ما إذا كنا حيال مخالفـة الشـرعية الإدارية، أم شرعية الإدارة، أي ما إذا كنا حيال قرار إداري Acte administratif، أم حيال قرار إدارة Acte d'administration.

ذلـك أن قـرارات الإدارة غير خاضعة لقضاء الإلغاء، وإنما هي أعمال إدارة عادية تخضع للقانون المدني.

فـالإدارة قـد تصـدر قراراً توافق فيه أو ترفض إبرام عقد مدني، فهذا القرار ليس إدارياً، وهو بالتالي لا يخضع لقضاء الإلغاء "قضاءَ المشروعية".

أمـا بشـأن قـرار إبرام العقد، فقد وسع مجلس الدولة الفرنسي نظرية القـرارات المنفصلة، وكما يتضح في القضيتين الصادرتين عام 1934 و 1936 chambre de commerce[2].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 341.

(2) حكمه الصادر في 1934/11/9 و 1936/2/7، والقضايا السالفة الذكر.

فلقد قبل المجلس الطعن بأسلوب تجاوز السلطة على قرار الإدارة بإبرام العقد الإداري ذاته، وهو القرار الذي بمقتضاه يوقع الوزير على الاتفاق، إذ اعتبر القضاء هذا القرار منفصلاً عن العقد، وهذا يعني أن تلك الرقابة أصبحت تمتد إلى أعمال التكوين وإبرام العقد ذاته، وقد مهد القضاء الفرنسي لذلك في حكمه الصادر في قضية Commune de cause suran الذي ميز فيه المجلس بين العقد ذاته وقرار إبرامه[1] حيثُ اعتبر الأخير قراراً وهمياً Fictif سابقاً على العقد، وفي ذلك كتب الأستاذ " هوريو ": عندما يبرم العمدة عقداً .. فهو يصدر قراراً بمقتضاه يتقرر إبرام العقد في الشروط القانونية، هذا القرار الظني (الضمني) السابق على العقد قابل للانفصال عنه[2].

ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا التحليل في قبول الطعن ضد قرار الإدارة بالتوقيع على الإنفاق في الحكمين السابقين، إذ قبل الطعن على قرار الوزير – بأسلوب تجاوز السلطة – الذي بمقتضاه وقع على الإنفاق لإصابته بعيب من العيوب التي ترتب البطلان، كما أن مجلس الدولة المصري سار على هذا النهج في حكمين مشهورين[3].

وحقيقة الأمر أننا حيال عمل قانوني واحد، لذلك فهذا التحليل القضائي كان منتقداً من قبل الفقه[4] وفي ذلك يقول " لوبادير": لقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي تحليلاً غير سليم للعقد. إذ اعتبره عملاً غير صادر عن إرادتين، بل

---

(1) 1911/4/8، منشور في مجموعة سيري، ج3، ص913، مع تعليق PIEHAT.

(2) Note Havrion. Sur, C. E. S. Avr, 1911, au. S. 1913, 3,50.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/6/8، القضية رقم 734، مجموعة السنة العاشرة، ص 139 والحكم الصادر في 1963/4/21 القضية رقم 324 لسنة 14 قضائية، مجموعة الخمس سنوات، ص 188 وانظر فتوى الجمعية العمومية رقم 616، ـــ 1979/7/10.

(4) Pequigno, Op. Cit, 581.

مجرد تقريب إرادتين، أي تقريب قرارين متفردين، والطعن بوجه ضد أحد هذين القرارين هو الصادر عن الإدارة[1].

ويرى الأستاذ " بيكيتو " أن التعسف أن يتم الفصل بين التعبير عن الإرادة والعمل الذي بمقتضاه يتم به هذا التعبير[2].

ويذهب " ديبيير " إلى أنه لا يوجد في الواقع سوى عمل قانوني واحد هو القرار بإبرام العقد، أو العقد ذاته، ومن غير المنطقي فصل العمل الواحد[3].

ويـــرى الدكتور " حشيش " أن هذا التحليل يتسم بالصعوبة وعدم الصحة في تحليل العملية التعاقدية مؤكداً وجهة نظر " لوبادير "[4].

ويذهب الدكتور النجار إلى أن فصل قرار إبرام العقد عن العقد ذاته أمر غيــر مــنطقي، ونحن أمام عمل واحد، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الطعن في العقــد[5]. ســواء تعــلق الطعن بقرار الإدارة برفض إجراء المناقصة[6] أم ضد مــداولات المجــالس البلدية التي تقرر إجراء المناقصة[7] أم ضد قرار الإدارة بإبرام العقد بالممارسة[8].

---

(1) " لوبادير ": ج3، عقود، ص 327.

(2) " بيكيتو": الرسالة السابقة، ص 582.

(3) المقالة السابقة، ص 288.

(4) القــرارات القابــلة للانفصال، وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، 1960، فقرة 102.

(5) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 344.

(6) C. E. 28,Avr,1914, Syndicat des maitres imprimeurs des Bouches Rhomes, Rec, P. 125.

(7) " لوبادير": العقود، ج3، ص 338.

(8) مجلس الدولة الفرنسي: 1936/6/16، قضية GRAMECK، المجموعة ص 672 ومحكمــة القضــاء الإداري المصــري في 1954/9/22، القضية 1807، لسنة 6 قضائية، مجموعة السنة 9، ص 171.

المطلب الثاني

القرارات الصادرة بالمناقصات والمزايدات

هذا المجال خصب لنشوء قرارات إدارية منفصلة ترهص للعقد الإداري. إذ في إطار المزايدات يمكن أن تثار المخالفتان الآتيتان:

أ- عدم اتباع إجراءات المزايدة التي يستلزمها القانون.

ب- اللجوء إلى المزايدة، لكن بإجراءات باطلة.

أولاً: مخالفة قواعد الشكل والإجراءات[1]:

ما الحكم فيما لو التجأت الإدارة مباشرة إلى عقد الممارسة دون اتباع الإجراءات التي استلزمها القانون، هل تعد هذه المخالفة قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي – بادئ ذي بدء – القواعد التي تلتزم الإدارة بإجراءات المزايدة أو المناقصة، واعتبر ذلك قواعد مقررة لمصلحة الإدارة، لذلك فقد رفض الطعن فيها بالإلغاء، لكن المجلس المذكور هجر الموقف السابق، واعتبر تلك الإجراءات مقررة للصالح العام، وقبل تبعاً لذلك الطعن فيها بالإلغاء[2].

---

(1) يجب التمييز هنا بين الإجراءات PROCEDURE وهي الطريق VOIE للوصول إلى المركز القانوني، وبين قواعد الشكل FORME، وهي المظهر الخارجي للعمل القانوني.

(2) فالين: القانون الإداري، ط3، 963، ص 597- وانظر د.الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، 975، ص209.

وذهب رأي إلى أن مخالفة الإدارة للإجراءات المقررة في كراسة الشروط، هذه المخالفة لا تعطي الحق في طلب الإلغاء على اعتبار أن تلك الإجراءات مقررة لصالح الإدارة، وإن كان هذا الرأي مرجوح والفقه يرفض ذلك على اعتبار أن هذه الإجراءات لصالح الأفراد وللصالح العام[1] بل إن مجلس الدولة المصري اكتفى بالمصلحة المحتملة لدى الطاعن[2].

ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، إذ أجاز استعداء ولاية قضاء تجاوز السلطة، وذلك في محضر المناقصة الحقيقي La sincerite d'un process verbal d'adjucation، ولو لم يطعن فيه بالتزوير[3]، وإن كان الحكم الصادر بالإلغاء لا أثر له على العقد ذاته.

ثانياً: حال المناقصة غير المشروعة:

القاعدة العامة هي إمكان فصل القرارات الصادرة بشأن المناقصات والمزايدات ووضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات والمفاضلة بينها وإرساء المناقصة الخ... وإمكان الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العقد ذاته بأسلوب تجاوز السلطة.

وإذا كانت الأعمال التحضيرية والتمهيدية لا يجوز الطعن بها بالإلغاء، لسبب بسيط هو أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء إلاّ بالنسبة للقرارات الإدارية النهائية، وإن كان بإمكان القرارات التمهيدية أن تكون سبباً للطعن

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 347.

(2) القضية رقم 109 لسنة 1 قضائية في 1947/11/25، مجموعة السنة الثانية، ص 91 والقضية رقم 263 السنة القضائية الأولى في 1949/3/10 مجموعة السنة الثالثة، ص 458.

(3) حكمه الصادر في 1942/11/27، قضية Soe Bougrond et Dupin المجموعة، ص 335.

بأسلوب تجاوز السلطة على القرارات الإدارية النهائية إذا ما خالفت المشروعية[1].

على أنه يجوز الطعن بالإلغاء استقلالاً في القرارات التمهيدية، إذا كانت تحوي بصفة استثنائية قراراً إدارياً بالمعنى الصحيح، كما يجوز الطعن بالإلغاء بالقرارات الضمنية والإجراءات التنفيذية التي تضيف عنصراً جديداً على القرار الأصلي، ولقد ذهب رأي إلى أن قرارات الاستبعاد الصادرة عن الإدارة في مواجهة المقاول الذي يتقدم بعطائه فعلاً، وإن كان يجوز الطعن فيها بالإلغاء إلاّ أنها ليست تطبيقاً لمنهاج القرارات المنفصلة، وغير مرتبطة بالعملية التعاقدية، إذ يرى أنصار هذا الرأي فيها قرارات عامة تجاوز سريانها مدة العملية العقدية[2].

ولقد اعتمدنا في مؤلفنا نظرية العرف الإداري معيار التأثير في النظام القانوني، وأعطينا لمفهوم التأثير معنى واسعاً:

LATO-SENSU، يتعارض مع الرأي السابق[3].

وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي إذ أعطى الحق للمقاول أو المورد الذي لم يأخذ دوره في المناقصة بسبب قرار استبعاد غير مشروع، أعطاه الحق بمهاجمة قرار المناقصة ذاته، كما قبل الطعن بالإلغاء من المورد الذي يكون محظوراً عليه الاشتراك في المناقصة بقرار غير مشروع، رغم أن هذه

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1919/7/11 قضية GAIRET، المجموعة، ص 127 – وانظر د. حشيش المرجع السابق، ص 112.

(2) دكتور حشيش: المرجع السابق، ص 125.

(3) نحو نظرية العرف الإداري، ص 53 وما بعدها. وانظر د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 351.

القرارات لا تكون استبعاداً خاصاً، ومثلها التمديد التعسفي للمنافسة أو الخطأ في الإعلان[1].

ويكــون لمــن توافر فيه شرط المصلحة الطعن بأسلوب تجاوز السلطة بالمناقصـــة إذا ما وجدت شروط غير مشروعة في كراسة الشروط، أو استبعد مقـدم العطــاء بريء الذمة بقرارات مشوبة بعدم المشروعية، أو لمخالفة قوائم الأسعار عند إبرام العقد[2].

وبطــبيعة الحــال لا يجــوز الطعن بأسلوب تجاوز السلطة برأي الجهة الاستشــارية ((الســابق على العقد))، على اعتبار أنه قرار إداري تحضيري، وليس تنفيذياً لا ينتج أثراً في النظام القانوني[3].

كمــا لا يقــبــل الطعن المقدم من ممولي المجالس البلدية ضد المناقصة ذاتهــا، وإن كــان قـــد قبلــه ضـــد مشـــاورات المجالس البلدية غير المشروعة[4].

لكــن هل يقبل الطعن المقدم من الراسي عليه المزاد L'adjucataire، في المناقصة غير المشروعة؟؟..

ذهب البعض إلى عدم جواز ذلك بسبب عدم توفر المصلحة[5].

---

(1) حكمه الصادر في 1906/6/30، قضية BALLONDE و 1914/11/29، قضية: GLAINEHE، المجموعـــة ص 109- محكمة القضاء الإداري المصري: 21/4/ 1957، القضية رقم 2946 لسنة 7 قضائية مجموعة سنة 11، ص 361.

(2) مجلس الدولة الفرنسي: 1919/7/11، قضية GAIAET، المجموعة، ص 626 - وانظر فالين: المرجع السابق، ص 597.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 352.

(4) " لوبادير": ج3، عقود، ص336، وتعتقد أن تلك المشاورات تنتهي بقرار.

(5) " جيز ": العقود، ج6، ص117 - " لوبادير": ج3، عقود، ص 336.

بيد أن الدكتور النجار ينتقد الرأي السابق، وفي الوقت نفسه يميز بين ما إذا كـان الطعـن قـد تم تقديمه قبل أو بعد التصديق على العقد، وبالتالي يجوز الطعـن فـي قرار الإرساء إذا لم يتم التصديق عليه والعكس[1] وهذا الأمر يدق بالنسبة للإدارة أو الراسي عليه المزاد لأن هذه الإجراءات للصالح العام، ومن ثم فهـذا الطعـن جائز حتى لو تم تنفيذ العقد دون تصديقه بسبب تعلق ذلك بالنظام العام[2].

وتكـون المناقصـة غير مشروعة بسبب مخالفة القانون، ومن ثم يجوز الطعـن فيهـا بالإلغـاء، إذا كانت العينات الواردة من الراسي عليه المزاد غير صالحة قبل الاختبار[3].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 353.

(2) " لوبادير": ج3، عقود، ص 336 وتعتقد أن تلك المشاورات تنتهي بقرار.

(3) فـالين: المـرجع السـابق، ص598 – حكـم مجلـس الدولـة الفرنسـي قضية BALLANDE، السابق الذكر.

الفرع الثاني

أسباب الطعن

القـــرار الإداري المنفصــــل هو عمل إداري بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معـــنى، وما ترتب من نتائج قانونية أخصها الخضوع للمشروعية العامة للعمل الإداري بفرعيها:

- المشروعية الخارجية أي احترام قواعد الاختصاص والشكل.
- المشروعية الداخلية وتعني احترام النصوص القانونية، وقواعد السبب وأخيراً عدم الانحراف باستعمال السلطة.

بيد أن هنالك مشروعية على القرار الإداري المنفصل أن يترسمها، وهذه الشرعية نابعة من ظروف التعاقد، ويمكن تقسيمها إلى قسمين:

- القرارات التي تحمل في ذاتها سبب عدم مشروعيتها.
- قرارات لا يمكن تقرير عدم شرعيتها إلاّ بالرجوع إلى العقد.

المطلب الأول

القرارات التي تحمل في ذاتها سبب عدم مشروعيتها

وهذه المشروعية يمكن أن يقررها قاضي تجاوز السلطة دون اعتداء على اختصاص قاضي العقد[1].

والأمثلة على مخالفة هذه المشروعية متعددة:

المزايدة غير القانونية – مداولات المجالس – خروج سلطة الوصاية على سلطتها – رفض التصديق – مخالفة قاعدة المساواة – عدم قانونية شرط من شروط كراسة الشروط – قرار استبعاد غير مشروع.

---

[1] د. الطماوي: القضاء الإداري، 970، دار المعارف، القاهرة، ص 442.

المطلب الثاني

القرارات التي تحدد مشروعيتها بالرجوع إلى العقد

فـــي مـــثل هـــذه الحال يضطر قاضي تجاوز السلطة إلى فحص العملية الـــتعاقدية، ولو جزئياً، كما لو كان العقد يتضمن احتكاراً غير قانوني، أو مزايا غيـــر واجبة للمتعاقد الآخر، وبالتالي فإن عدم مشروعية هذه الأعمال لا يتم إلاّ بفحص العملية التعاقدية ولو جزئياً[1].

فمجلس الدولة يراقب أعمال السلطة الإدارية فيما إذا كان لها الحق على أن تـــنص عـــلى شـــروط معيـــنة، وما إذا كانت تلك الشروط لا تخالف قواعد اختصاص الإدارة[2].

ولقـــد قضى مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن بالإلغاء بقرارات سلطة الوصاية بالتصديق على مداولات المجلس البلدي بإبرام عقد امتياز غير مشروع وإلغاء العقد[3].

ومما لا جدال فيه أن قاضي تجاوز السلطة، وهو يتصرف هكذا ليس هو قاضـــي العقـــد، وهـــو لا يـــتعامل مـــع العقـــد إلاّ في حدود تلمس أوجه عدم المشروعية[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 356.

(2) مجلس الدولة الفرنسي 12 يوليو 1918، قضية LE FEBEVRE، المجموعة، ص 698 – حيـــث قضى هذا الحكم بإبطال مداولة المجلس البلدي بالتصديق على العقد، وأن دفـــتر الشروط تضمن شرط احتكار UN CLAUSE DE MONOPLE، غير قانوني مخالف للقانون.

(3) " لوبادير": عقود، ج3، ص 330 – " ديبير ": المرجع السابق، ص 283.

(4) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 357.

وحقيقـــة الأمـــر أن الأعـــم والأغلب في الأمور هو عدم مخالفة الإدارة لقواعـــد الشرعية، لكن هذا لا يمنع وقوع ذلك، كأن تنحرف السلطة الإدارية في اســتعمال ســلطتها[1] أو تفــرض شرطاً على المتعاقد يتضمن عدم التجائه إلى القضاء[2].

الفرع الثالث

صفة الطاعن

وهــنا نفترض أن الطعن قدم من غير المتعاقد، كما نفترض حالاً أخرى هــو تقديم الطعن من المتعاقد نفسه، كما أننا سنتكلم على طعن المستفيد من عقد الالتزام.

---

(1) " بيكينو": الرسالة السابقة، ص 582.

(2) حكــم مجلس الدولة الفرنسي: 1954/3/5، قضية DEMOISELLE SOULIER، منشور في R. I. P. U. F، ص 624، مع تعليق JUCAMET.

المطلب الأول

طعون الغير

يقصـــد بالغير هنا الخارج عن العقد شريطة أن يكون لـــه مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل.

وحقيقـــة الأمر أن حرمان الغير من الالتجاء إلى دعوى تجاوز السلطة، هـــذا الأمر يعتبر إنكاراً للعدالة، إذ ليس أمام الغير إلاّ قاضي تجاوز السلطة. لا سيما أنه محروم من الالتجاء إلى قاضي العقد ((المراجعة الجوازية[1])).

ومن أوضح أحكام محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الخصوص حكمها الصادر في 1956/6/8، الذي تقول فيه: والمحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقـــة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة فحص العطاءات وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كـــان لهذا التعويض محل، أما العقد بذاته فالمنازعة بشأنه تدخل أو لا تدخل في اختصـــاص هـــذه المحكمـــة بحسب طبيعة العقد، والاختصاص المعقود للقضاء الإداري، والقرار المطعون فيه الصادر عن مصلحة الإذاعة بإرساء مزاد توزيع مجلـــتي الإذاعة المصرية وكايرو كوليج على شركتي التوزيع المصرية إنما هو قـــرار إداري صـــادر عن جانب واحد هو جهة الإدارة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح[2].

---

[1] د. الخاني: القانون الإداري، مجلد4، ص 571.
[2] السنة العاشرة، ص 135.

المطلب الثاني

طعون المتعاقد

هل يجوز للمتعاقد أن يطلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على النحو الذي يجوز للغير؟؟.

هذا التساؤل يفترض أن تكون عملية التعاقد قد تمت وتعاقدت الإدارة مع أحـــد الأفـــراد، ثم تبين لهذا المتعاقد أن بعض القرارات التي ساهمت في تكوّن العقد كانت غير مشروعة.

وتذهب الأغلبية إلى أن المتعاقد ليس أمامه إلاّ سبيل هو قاضي العقد الذي يحســم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، وبالتالي فـــإن المتعاقد – إذا حاول أن يطرق باب قضاء الإلغاء – فسيواجه بالدفع المبنى على فكرة الدعوى الموازية[1].

لكـــن الأســـتاذ " لوبادير " يرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يؤيد الـــرأي الســـابق، لأنـــه ســـمح للمتعاقد بأن يطعن في القرار المنفصل بدعوى الإلغاء[2].

والواقع أن التجاء المتعاقد إلى طلب إلغاء القرارات المنفصلة لا يكون إلاّ بعـــد الـــتعاقد، وحينئذٍ لا يكون لـــه مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء، لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء، إذ لو حصل على حكم بإلغاء

([1]) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 188، وانظر المراجع الكثير فقها وقضاءً – التي اعتمدها والتي تؤيد ذلك.

([2])من الأحكام التي أوردها حكم المجلس في 1936/2/6، قضية DEPARTMENT، وحكمه في 1955/2/4، قضية DE LA EREUSE، وانظر مطول " لوبادير "، ج 3، ص329.

القرار الإداري المنفصل، فإنه يتعين عليه أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد، وبالتالي فالأجدى له أن يلوذ بقاضي العقد مباشرة[1].

وعلى العكس من الرأي السابق، فالدكتور النجار يرى أن يعطى المتعاقد الحـق في الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد قرار الإدارة غير المشروع الذي يساهم في تكوين العقد المبرم من قبلها[2].

وبالطـبع فالمـتعاقد يسـترد حقـه في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء إذا ما صـدرت عن الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى لم تستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقدة، فحينئذٍ يكون للمتعاقد كسائر المواطنين أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا استوفى شرط المصلحة، وكان القرار غير مشروع.

ومـن أفصـح الأمثـلة على ذلك أن تصدر الإدارة – بناءً على سلطات البوليس – قرارات إدارية يكون لها أثرها على المتعاقد فلو أن الإدارة أصدرت تـلك القـرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد، وبناءً على حقها في التدخل والإشـراف عـلى تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، لتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء الكامل، أما إذا استندت الإدارة في إصدار قراراتها إلى صفة أخرى، فلا سبيل للطعن في هذه الحال إلاّ عن طريق دعوى الإلغاء[3].

ولقـد وضـع مجـلس الدولـة الفرنسي أساس التفرقة السابقة في حكمه الصادر في 1907/9/16[4] حيثُ فرق المفوض terdieu، بين حالتين:

---

(1) د. الطماوي: الأسـس العامة للعقود الإدارية، ص 189 وفي هذا الاتجاه في الفقه الفرنسـي – انظر CONC. MOSSET: SUR LERRET DU E. C. 26 NOV, 1954, R. D. O.1955.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 362.

(3) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 190.

(4) قضية GRANDES COMPAGNIES.

- حالة صدور القرارات الإدارية استناداً إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط، فحينئذٍ يتعين على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر في الدعوة أن تطرق باب القضاء الكامل.
- حالة صدور القرارات المطعون فيها بالاستناد إلى القوانين واللوائح، فإن لتلك الشركات اللجوء إلى قضاء الإلغاء بغض النظر عن أحكام العقد.

ولقد أصلت محكمة القضاء الإداري المصري هذا المبدأ بقولها: إذا كان الإلغاء (العقد) مستنداً إلى نص القانون فقط، وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً، ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، ويدخل في نطاقها، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصوصه وتنفيذاً له فالمنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء[1].

[1] الحكم الصادر في 1957/6/27، القضية رقم 197، لسنة 11 قضائية.

المطلب الثالث

طعن المستفيد من عقد الالتزام

ذكرنا سابقاً أن قضاء الإلغاء، يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية، وبالمقابل فالعقد لا ينتج إلاّ التزامات شخصية يؤدي الإخلال بها إلى إثارة القضاء الكامل.

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة، وأجاز للمستفيدين من امتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدر عن الإدارة – في علاقتها مع الملتزم – والمخلة بشروط عقد الامتياز التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين[1].

والتبرير الغالب لدى معظم فقهاء القانون الإداري يرجع هذا الاستثناء إلى الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة في عقد الامتياز، وهي الشروط التي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وهذا يعني أن خروج الإدارة أو الملتزم عليها لا يتضمن مجرد إخلال بالتزام شخصي مرجعه العقد، بل ينطوي على مخالفة لقاعدة لائحية واردة في العقد[2].

وعلى هذا الأساس، فإذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بعقد الالتزام والتي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، فإن لكل ذي مصلحة أن يتقدم إلى الجهة الإدارية المختصة طالباً منها أن تتدخل بناءً على سلطتها لجبر الملتزم

---

(1) حكمه الصادر في 1906/9/21، قضية SYNDIEAT CROIX DE SEQUEY، سيري، 1907، القسم الثالث، ص 33 مع تقرير المفوض " روميو" وتعليق " هوريو ".

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 192.

على احترام شروط العقد، فإذا رفضت الإدارة التدخل صراحة أو ضمناً، جاز للمنتفع أن يطعن في القرار أمام قاضي الإلغاء[1].

ولقد شكك بعض الفقهاء في فرنسا ((الفقيه بيكينو))، ومصر ((الدكتور ثروت بدوي))، في الأساس السابق، إلاّ أن أحكام القضاء الإداري المصري قاطعة في ذلك، ومن أوضحها حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1957/6/27، والذي تقول فيه: " إن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستقلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام، والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها، أما المركز التعاقدي، فيعتبر تابعاً له[2] ".

وبالطبع فلا يمكن الحكم بإلغاء القرار إلاّ لأسباب محددة على سبيل الحصر هي عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القانون واللوائح والانحراف في استعمال السلطة.

على أن مجلس الدولة الفرنسي سحب المبدأ الذي قرره حكم: Croix de seguey إلى طائفة أخرى تشمل العمال الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه، فهؤلاء يخضعون لأحكام عقد العمل، لكن الإدارة كثيراً ما تضمن عقد الامتياز شروطاً تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور، أو بظروف العمل[3].

وبالطبع فهذه الظاهرة الأخيرة تمتد إلى عقود أخرى كعقد الأشغال العامة، والعقود المشابهة[4].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 192.

(2) القضية رقم 485، رقم 1367 لسنة 7 قضائية.

(3) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 194.

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 194.

ويجــري مجــلس الدولة الفرنسي منذ فترة طويلة على تخويل النقابات الممثــلة لــلعمال Syndicats du personnel حــق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة، أو الضمنية التي تصدر عن الإدارة، والتي تتضمن خروجاً على تلك الشروط[1].

والملاحــظ في هذا الصدد أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل دعوى الإلغاء مــن نقابــات العمال لا من العمال أنفسهم، لأن العمال بصفتهم الفردية يتمتعون بدعــوى أمام قاضي العقد، أي أمام قاضي القانون الخاص، ويجري هذا القضاء فــي فرنسا على اعتبار الشروط التي تتضمنها الإدارة عقودها مع الغير في هذا الصــدد من قبل الاشتراط لمصلحة الغير Stipulation pour autrui[2]. وبالتالي فإنهــا تخول العامل دعوى مباشرة Une action directe ضد الملتزم أو المقاول، وهــذه الدعوى تجعل دعوى الإلغاء بالنسبة إلى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع[3].

أمــا النقابة ذات الشخصية المعنوية، والتي تمثل الجميع، فإن لها مصلحة محققة في رفع دعوى الإلغاء، حتى تصحح الوضع غير المشروع، وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي[4].

ولكن ما هي الدعاوى التي يحــق للمنتفعين بخــدمات المــرافق العامة ((إقامتها))[5].

---

[1] حكم المجلس في 1927/7/22، قضية SEETEUR ELECTRIQUES DE LA SEINE، داللوز 1928، القسم الثالث، ص 41.

[2] حكم النقض الفرنسي: 1889/3/13، سيري 1889، القسم الأول، ص 263.

[3] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 195.

[4] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 195.

[5] د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 195.

في الواقع يستطيع المنتفع أن يقيم الدعاوى الآتية:

1- أن يكــون الفرد قد استوفى شروط الانتفاع بالخدمة، ويريد اقتضاءها، كمن يــريد الحصــول على اشتراك في المياه، أو النور، وحينئذٍ يكون لمستحق الانــتفاع Candidate usager أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء بالطريقة التي سبق الإشارة إليها.

لكن هل يحق له أن يلجأ إلى المحاكم القضائية مطالباً باقتضاء الخدمة؟؟..

لقــد انقســم القضاء في فرنسا حول ذلك، فالقضاء العــادي وضع يده على مــثل تلك الدعوى، والأمر على خلافه بالنسبة لمجلس الــدولة الفرنسي[1]، وإن كان مجلس الدولة المذكور عدل عن رأيه السابق في حكمه الصادر في 1927/11/5[2]، ومــنذ الحكم المذكور ومجلس الدولة الفرنسي مستقر على ذلك[3].

ولقــد نظم القانون المدني في سوريا نشاط المرافق العامة بما في ذلك عقد الالــتزام، وذلك في المادة 634 وما بعدها، لذلك فالدعوى السابقة تقام أمام القضــاء العــادي، وإن كان القضاء الإداري يضع يده على المسائل الأولية التي يمكن أن تتعلق بذلك.

2- إن يكون هنالك عقد بين المنتفع والملتزم، والمسلم به أن هذا العقد مدني، لا سيما أن عقود الالتزام تتعلق بمرافق عامة اقتصادية.

وعلى ضوء ذلك فقد اعتبر مجلس الدولة المصري المنازعات التي تدور بين مصلحة الهاتف والمشتركين، اعتبرها منازعات تخضع للقانون الخاص[4].

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 196.

(2) قضــية UNION HYDROLIQUE ELECTRIC DE L'OUEST، مجموعــة سيري، سنة 1938، القسم الثالث، ص 65.

(3) 1944/2/18، قضية DES VILLETTES، المجموعة، ص 58.

(4) حكم مجلس الدولة المصري: 1949/2/3، مجموعة أحكام المجلس، السنة 3، ص 302.

الفرع الرابع

الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد الإداري

ذكــرنا سابقاً أن القضاء الإداري الفرنسي – ومثله معه القضاء الإداري فــي مصـــر – فصل قرار إبرام العقد عن العقد ذاته، حيثُ قبل الطعن بتجاوز السلطة على القرار، دون العقد وبمعنى أوضح، فطبقاً لنظرية القرارات المنفصلة – الــتي تبــلورت واســتقرت في صورتها الأخيرة الكاملة والقشيبة، في العقود الإداريـــة، نجـــد أن هذه النظرية تمتد لتشمل كافة القرارات السابقة للعقد بما في ذلك قرار إبرام العقد ذاته[1].

L'acte de coclusion du contrat lui - meme

مـــا هـــو موقف الفقه حيال القضاءين: قضاء الإلغاء – بالنسبة للقرارات المنفصلة – وقضاء العقد؟؟

في الحقيقة لقد تعددت المسالك والآراء:

- بعضهم يرى أن هذا الفصل غير مفهوم، أو مفسر[2].
- وبعضهم اعتبره غامضاً ومتناقضاً[3].
- الفريق الثالث يبرر الفصل، ويجعله قائماً على اعتبارات عملية واضحة[4].
- الفريق الرابع يرى أن هذه العملية في طريق الزوال[5].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 366.

(2) WALINE: MANUEL DE DR, ADM, 4ED, 1946, P. 117.

(3) ROKQUE: LES USAGERS DE SERVICES PUBLICS INDUSTRIELLES, 1933, S.P. 62.

(4) JESE: LES PRINCIPES GENERAUX DE DR, ADM, TOM, 11, 964.

(5) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 363.

- الفـريق الخـامس يبقي على الفصل، ويدعو لإدخال قضاء العقد في قضاء تجاوز السلطة دون قيد أو شرط[1].

ما المانع من دخول العقد الإداري في نطاق دعوى تجاوز السلطة؟؟.

يجيب عن ذلك الدكتور النجار مؤكداً أن العقد ليس عملاً فردياً، وإنما هو عمـل تبادلي، وقضاء تجاوز السلطة لا يكون إلاّ طعناً على القرارات الإدارية المنفردة: Actes unilaterals.

وهنالك سبب آخر يتعلق بقواعد الاختصاص، فالمتعاقد يجد أمامه طريق الطعن المقابل، Recours parallels، إذ أن عدم قبول الطعن لتجاوز السلطة ضد العقـد لا يكـون إلاّ تطبيقاً للدفع بوجود الطعن المقابل أمام قاضي العقد، وكذلك الشـأن فـي مصر، إذ نجد القضاء المصري دوماً يقف موقف الرفض في قبول العقـد للطعن بأسلوب تجاوز السلطة، أياً كانت صفة العقد، مدنية أم إدارية، كما أن الفقه المصري يجمع على ذلك، وهذا هو رأي الفقه في سوريا[2].

بيـد أن الفقيـه " بيكينو " يذهب إلى إنكار وجود أي تعارض بين العقد والطعـن لتجاوز السلطة، وفي رأيه أن القرار المنفصل، وإن كان يمكن إبطاله لسبب مخالفة الشروط اللازمة لصحته، فمن الممكن إبطاله أيضاً لأنه يطبق على عقد تكون بعض شروطه غير قانونية، ومن خلال هذا القرار فإن الذي ينظر في صحته هو العقد، وبذلك فمن التحكم فصل عملية التعبير عن الإرادة، فصل ذلك عـن العمـل القانوني الذي يظهر فيه التعبير Il est assez arbitraire disoler la manifestation de volonte de l'acte dans lequel.

---

(1) PEQUGNOT OP, EIT, P. 601.

(2) د. الـنجار: نظـرية الـبطلان في العقود الإدارية، ص 366 – د. الخاني: القانون الإداري، مجـلد 4، ص 572 وقـد رد الاخـتلاف بيـن دعـوى تجاوز السلطة والنزاعات العقدية إلى الطبيعة التبادلية للعقد.

وخلاصـــة الرأي عند " بيكينو " هي عدم وجود أدنى تعارض بين العقد والطعن لتجاوز السلطة، والطعن ضد الأعمال التي ساهمت في إبرامه، أو ضد إجراءات التنفيذ التي تتخذها الإدارة بإرادتها المنفردة[1].

وقـــريب من ذلك ما أكده " بونار " بأن العقد ينشئ قاعدة قانونية فردية، وهذه القاعدة الفردية قد تخرج على قاعدة الشرعية متمثلة بالمبدأ المشهور: العقد شـــريعة المـــتعاقدين، وبذلك لا مجال للحديث عن عدم استيعاب نظرية تجاوز السلطة للنزاعات العقدية[2].

وفـــي نظرنا إنه يجب التمييز بين قضاء القرارات المنفصلة، وبين العقد بســـبب الاختلاف الجوهري طبيعة وماهية، بين القرار الإداري والعقد، إذ الأول أداة تنفيذ القانون، أي أداة الشرعية بحيث إن دور الإدارة يقتصر على ذلك، في حين أن قبضة الشرعية وثقلها يخف ضغطه وتأثيره على العقد الذي يترسم حدود الشرعية، ويعمل في حقل من الحرية أرحب وأوسع مما يتحرك به القرار.

---

(1) مقالة السالفة الذكر، ص 579 و 582 و 584.

(2) تعليق " لوبادير " على حكم مجلس الدولة الفرنسي: سيري 1930، ج3، ص 57.

الفرع الخامس

أثر حكم الإلغاء

مُقدِّمة:

وسنتكلم هنا على المواضيع الآتية:

- النظام القانوني للحكم بالإلغاء.
- موقف القضاء من أثر إلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري.
- موقف الفقه من ذلك.

المطلب الأول

النظام القانوني للحكم بالإلغاء

لا حاجـة للـتأكيد بأن قضاء الإلغاء ينتمي إلى القضاء الموضوعي أو العيني، على اعتبار أنه يزيل القرار من عالم الوجود، وهذا ما يرتب سريان آثار هذا الإلغاء على الكافة: Orga-omnes على اعتبار أن المعدوم معدوم Nulle et Null effet، ولا يمكن أن يكون معدوماً من جهة وموجوداً من جهة أخرى، سنداً للقاعدة المنطقية المشهورة.

وهـذا ما أكدته المادة 20 من قانون تنظيـم مجلس الدولة السوري رقم 55 لسـنة 1959 المتضـمنة: تسري في شأن الأحكام جميعهـا القاعدة الخاصة بقـوة الشيء المقضي به، علـى أن الأحكام الصـادرة بالإلغاء تكون لها حجة على الكافة.

يـبد أن هنالك ملاحظة جديرة بالتنويه، وهي أن تلك الحجة المطلقة التي تتعدى أطراف الخصومة إلى الغير، إنما تلحق الحكم الصادر بالإلغاء، أما الحكم الصادر برفض طلب الإلغاء فحجيته مقصورة على طرفيه[1].

ويترتب على كون الخصومة عينية أن القضاء الإداري يفصل في الطعن المـرفوع أمامـه، ولو تغير الموظف الذي اصدر القرار المطعون فيه أو زالت صفته[2].

---

(1) د. مصـطفى كـامل محمـود: المرافعـات الإداريـة، جامعـة القاهـرة، العام الدراسي 1968 – 1969 محاضرات ألقيت على طلاب دبلوم العلوم الإدارية، ص 170.

(2) المرجع السابق، ص 170.

وحجية الأحكام الصادرة بالإلغاء تعتبر من النظام العام، ذلك أن المركز القانوني التنظيمي متى انحسم النزاع في شأنه، فقد استقر به الوضع الإداري نهائياً، والعود لإثارة النزاع فيه بدعوى جديدة زعزعة لهذا الوضع الذي استقر، وهو ما لا يتفق ومقتضيات النظام الإداري، ولذلك كان استقرار الأوضاع الإدارية، وعدم زعزعتها بعد حسمها بأحكام نهائية بمثابة القاعدة التنظيمية العامة الأساسية التي يجب النزول عليها للحكمة التي قامت عليها، وهي حكمة ترتيب الصالح العام، ومن ثم فللمحكمة أن تنزل هذه القاعدة الأساسية على المنازعة من تلقاء نفسها أياً كان موضوعها[1].

وليس من مقتضيات قاعدة الحجية المطلقة لحكم الإلغاء أن تهدم قاعدة أخرى أصلية، هي قاعدة الأثر النسبي للأحكام، وامتناع انتفاع الأغيار - كمبدأ عام - بآثار هذه الأحكام، إذ تقتصر الاستفادة من نتائج الإلغاء المباشر على من أقام دعوى الإلغاء دون من تقاعس عن إقامتها.

ومع ذلك فقد حاول القضاء الإداري التوفيق بين التزام هذه النسبية، وبين الحرص على احترام الحجية المطلقة، فجعل هذه الحجية واضحة في الآثار القانونية المترتبة على الإلغاء وفي الأوضاع الواقعية التي لها ارتباط وثيق وآصره أكيدة بالمراكز الملغاة، فالآثار الواقعية التي تنشأ من أحكام الإلغاء يجوز بحكم ترتبها الحتمي ولزومها الفعلي أن يتمسك بها أولو الشأن في طلب إلغاء قرار آخر، مادامت هذه النتائج المحكمة يتعين على الإدارة احترامها بل اتخاذها من تلقاء نفسها نتيجة لحكم الإلغاء.

---

(1) المحكمة الإدارية العليا في مصر: طعن رقم 1496، لسنة 2 قضائية، جلسة 18 من حزيران 1958.

وعــلى هــذا يكون من حق المطعون فيه – وترتيبه في كشف الأقدمية الســادس – أن يجابــه الإدارة بلزوم استبعاد أحد الموظفين من مضمار التزاحم عــلى الترقية إلى إحدى الدرجات الخامسة على أساس الأقدمية، بعد أن استحق هــذا الموظف الترقية إلى الدرجة الخامسة، قبل ذلك نتيجة لحكم صادر بالإلغاء حسبما كشف عن هذا الاستحقاق حكم الإلغاء[1].

ولا حاجة للتدليل بأن حجية الحكم بالإلغاء لها قوتها في مواجهة القضاء العادي مدنياً كان أم جزائياً[2].

---

(1) المحكمــة الإدارية العليا في مصر: الطعن رقم 1531، السنة 6 قضائية، جلسة 21 من حزيران 1964.

(2) المرجع السابق، طعن رقم 1906 لسنة 8 قضائية، جلسة 28 من أيلول 1963.

المطلب الثاني

موقف القضاء من إعمال آثار حكم إلغاء

القرار الإداري المنفصل على العقد الإداري

اتضح لنا من حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الآنف الذكر، أن هذه المحكمة جعلت الحجية لحكم الإلغاء واضحة بالنسبة للآثار القانونية المترتبة لزوماً على الإلغاء، وعلى الأوضاع الواقعية التي لها ارتباط وأصره أكيدة بالمراكز الملغاة.

وعلى ضوء ذلك يثور السؤال بالنسبة لأثر إلغاء القرار المنفصل على قيام العقد الذي يتصل بهذا القرار.

وبمعنى أوضح هل تقتصر ولاية قضاء تجاوز السلطة على إلغاء القرار الإداري المنفصل دون أي أثر على العقد ذاته الذي يبقى قائماً حتى يطلب بطلانه أحد طرفيه بدعوى أمام قاضي العقد.

وحقيقة الأمر أن القضاء الإداري الفرنسي والمصري على السواء أقر وجهة النظر الثانية في عدم ترتيب البطلان للعقد تأسيساً، على إلغاء القرار المنفصل الذي ساهم فيه حتى ولو كان قرار إبرام العقد ذاته.

وهنا تساءل أحد فقهاء القانون الإداري قائلاً: هل يعني ذلك أن قضاء تجاوز السلطة في مادة العقود الإدارية هو موضوع نظري، وما هي درجة فاعلية وتأثير بطلان القرار المنفصل على العقد الذي تبرمه الإدارة، إذا كان لا يترتب على بطلان العقد ذاته[1] ؟؟..

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 373.

يرى الدكتور النجار ضرورة التمييز بين الحالتين الآتيتين:

1- **الفـــرض الأول**: صـــدور حكم إلغاء القرار المنفصل قبل إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية.

فهذه الحال لا تثير نزاعاً، وإذا ما استمرت الإدارة في إجراءات التعاقد حتى نهايـــتها خلافاً لحكم الإلغاء، فهمنا تكون الإدارة قد ارتكبت عملاً من أعمال الاعتداء المادي voie de fait، يستوي في ذلك أن يكون طلب الإلغاء قد قدم من الغير أم من المتعاقد المحتمل[1].

2- **الفـــرض الثاني**: هنا يكون صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل في العملية التعاقدية بعد إبرام العقد نهائياً.

وحقيقة الأمر لقد استقر القضاء الإداري على مبدأ بقاء العقد: Principe de la survivance du contrat، حتى يقوم أحد أطرافه بإلغائه أمام القضاء الكامل، وعـــلى هذا الأساس فإلغاء القرار الإداري بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقـــة التعاقدية التي نشأت فيه، ولا يستطيع القاضي أن يعين رسو المناقصة على المدعي، أو أن يأمر الإدارة بذلك، وإن كان الأمر يعد بالغ الصعوبة، ومن ثـــم يحتاج لمهارة فائقة إذا كان موضوع الإلغاء هو القرار بإبرام العقد، فالأمر وإن كان يستتبع منطقياً بطلان العقد، إلاّ أن قاضي تجاوز السلطة لا يملك ذلك، يستوي في ذلك أن يكون القرار الذي حكم بإلغائه متعلقاً بعقد إداري، أم بعقد من عقود الإدارة الخاصة[2].

---

[1] د. الـــنجار: نظـــرية الـــبطلان في العقود الإدارية، ص 376 – وانظر د. الخاني: القـــانون الإداري، مجـــلد 4، ص 573 – وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي 4/8/ 1950، سيري، 1906، ج3، ص 49.

[2] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 376.

والحكم الرئيسي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حكمه الصادر في 4 من آب 1905 في قضية MARTIN[1]، وقد صور المفوض " روميو " تلك الحال في مذكرته حيثُ يقول: " إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحال نظرية Plaonique، فـــالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد عـــلى الرغم من الإلغاء، إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد.

ولكـــن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم، أو تبعث التردد في نفوسكم، فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلى نتائج، فليس على قاضي الإلغاء إلاّ أن يبحث فيما إذا كان"القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يـــلغى، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صـــححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيـــات الاحـــترام لحكمكم، أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغـــاء، فسيكون لهذا الحكم دائماً أثر هام يتركز في أنه أعلن حكم القانون، ولم تغـــلق بـــاب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة خوله إياها القانون لكي يـــراقب قـــرارات الإدارة، وأنـــه قد نور الرأي العام، بحيثُ يمتنع في المستقبل العـــودة إلى هذه التصرفات الخاصة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير.

وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر في 1947/11/25 المتضمن ومن حيثُ أنه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحال غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، وذلـــك لأن مـــناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون

---

[1] مجموعة سيري، سنة 1906، القسم الثالث، ص 49.

محـــلاً لـــلطعن بالإلغـــاء أم لا، فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار عن العملية المركـــبة، فـــإن طـــلب إلغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري، على أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر، إذ لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكـــون محـــل تقديـــر المحكمـــة المدنية أو الإدارية، وكما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليســـوا أطرافاً في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن[1].

---

[1] عرض لهذا الحكم د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 182.

المطلب الثالث

موقف الفقه الإداري

هـذا الموقف السابق يبدو في نظر بعض الفقهاء غريباً وغير منطقي مع الحقـائق العـلمية، وهـو فـي الآن نفسه ثغرة كبيرة في جدار نظرية القرار المنفصـل، إذ كيـف يمكن أن نلغي العلة ((في العملية المركبة))، ثم لا نرتب عـلى ذلـك آثارها الطبيعية، لا سيما أن آثار الإلغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة تظهر في بعض العمليات المركبة مثل نزع الملكية والانتخابات[1].

ومـا هـو جديـر بالذكر هو أنه إذا كان إلغـاء القـرار المنفصـل لا يؤدي مباشرة إلى إلغاء العقد الإداري، فهذا لا يعني أن قرار الإلغاء خال من كل أثر قانوني[2] بل إن هنالك عدة آثار لذلك، منها المستفيد من الإلغاء يمكنه – أمام قاضي المسؤولية – أن يحصل على التعويض المناسب إذا تحققت شروطه.

وفضـلاً عـن ذلك، فالإلغاء يعطي المتعاقد حق إبطال العقد أمام قاضي العقد.

وهنالك آثارأخرى، من ذلك – إضافة إلى المسؤولية السياسية للحكومة – أن ذلـك الإلغـاء يفـتح باباً واسعاً أمام الغير للطعن في كل قرار إداري غير مشروع تصدره الإدارة، وهي بصدد إبرام العقد مدنياً كان أم إدارياً[3].

---

(1) " بيكيـنو ": الرسالة السابقة، ص 598 – د. سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، 1970، ص 220. – د. حشيش: المرجع السابق، ص 172.

(2) تكلم عن هذه الآثار بالتفصيل – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 377 وما بعدها.

(3) د. عبد المنعم جبره: آثار حكم الإلغاء، القاهرة، 1974، ص 203.

المبحث الثاني

الطعن لتجاوز السلطة في مرحلة تنفيذ العقد

مــن المعلوم أن دعوى الإلغاء تقام لإلغاء القرارات الإدارية النهائية التي تخــالف مبدأ المشروعية Sanction de legalite وبذلك يتعذر إقامة هذه الدعوى ضد الالتزامات المتولدة عن العقود، لسبب بسيط هو أن الآثار التي ينتجها العقد هي التزامات، شخصية وليس مراكز عامة أو موضوعية[1].

وعــلى هذا الأساس فالقرارات أو الإجراءات التي تصدر عن الإدارة في مرحــلة تنفيذ العقد تكون جزءاً لا يتجزأ من العملية التعاقدية، ومن ثم لا يجوز الطعن عليها بالبطلان استقلالاً عن العقد ذاته، وبالتالي فالعملية التعاقدية بكاملها أو ما يخلفها تدخل في اختصاص قاضي العقد وحده[2].

والأمثلة كثيرة على هذه القرارات التي تصدر في منطقة تنفيذ العقد، منها عــلى سبيل الاستدلال، قرارات فسخ العقد التي تتخذها الإدارة من جانب واحد، والقــرارات المتعلقة بالأسعار والتعرفة، أو بتعديل العقد وتلك التي تفرض على المتعاقد، أو تتخذ لرقابة تنفيذه، وتلك الصادرة في الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد الآخر.

---

(1) حاول بعــض الفقهاء مثل " بونار " اعتبــار العقود قاعدة فردية لكن مجلس الدولة الفرنســي رفــض ذلك في أحكام عدة منها حكمه الصادر في 1929/6/9، قضية SOCIETE THERMALE، المجموعة، ص 28 وحكمه الصادرفي1935/11/8، قضية BENOIST، المجموعة، ص 1027.

(2) د. الطماوي: الأســس العامــة للعقود الإدارية، ص 188 وما بعدها - وانظر د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 281.

كذلك لا يجوز فصل قرارات سلطة الوصاية الإدارية في حال الحلول، إذ لها في هذه الحال، الخصائص نفسه التي للقرارات الصادرة عن الهيئات المحلية، أما في غير حال الحلول، فتقبل القرارات الانفصال عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء، وكذلك قرارات سلطة الوصاية التي لها طابع التحكم[1].

ويضيف الفقه إلى المبررات السابقة ((كون العقد ينتج التزامات شخصية))، حجة الدفع بالطعن الموازي مدللين بأن هذا الدفع الذي فقد صولجانه في مرحلة انعقاد العقد، يعود مرة أخرى ليسترد مكانه في مرحلة تنفيذ العقد[2].

وحقيقة الأمر أن هنالك مبدأ إجرائياً هو عدم تجزئة الموضوع الواحد وتقطيع أوصاله، مما يتيح الفرصة لإصدار أحكام متناقضة في هذا الشأن، وهذا مبدأ عام ترسخت أقدامه في كافة مجالات القانون، وبالتالي فمن المفروض أن تعالج في إطار واحد كافة القرارات التي تصدر تنفيذاً للعقد.

ويذهب فريق من الفقه لتبرير هذه الوحدة – إلى المبدأ المستقر في القانون الخاص، هو أنه إذا توافر لشخص تحريك دعوى المسؤولية العقدية وغيرها – التقصيرية –، فإن الأولى تجب الثانية، ولا يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى دعوى الإلغاء، ما دام باب المسؤولية العقدية مفتوحاً أمامه[3].

وعلى خلاف الفقه الذي تشعبت به الطرق حول ذلك فالملاحظ أن القضاء استقر مسلكه، وأجمعت كلمته حول هذا التوحيد، وعلى إخضاع قرارات تنفيذ العقد إلى ولاية قاضي العقد.

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 387 – د. الحشيش المرجع السابق، 192، مجلس الدولة الفرنسي: 1927/9/15، قضية GAISE CHIRURGICAL MUTELLE DE LA GIRONDE.

(2) رأي المفوض " بودان " منشور في A.J 1971، ص 105.

(3) د. حشيش: المرجع السابق، ص 181.

ومن الناحية العملية، فالتجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء لا يكون بطبيعة الحال إلاّ بعد إبرام العقد، وحينئذٍ لا يكون له مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء لأن القضاء الكامل أجدى له، إذ لو حصل على حكم بالإلغاء، فيتعين عليه أن يعود بعد ذلك أمام قاضي العقد[1].

ولكن المتعاقد يسترد حقه في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء إذا ما صدرت عن الإدارة قرارات غير مشروعة، لا تستند في إصدارها إلى صفتها المتعاقدة.

ومن أوضح الأمثلة على ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن تصدر الإدارة، بناءً على سلطات البوليس، قرارات إدارية يكون لها أثرها على التعاقد[2].

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أساس التفرقة السابقة في حكمه الصادر في 1907/9/16، حيثُ فرق بين الحالتين الآتيتين:

- حال صدور القرارات الإدارية استناداً إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط، هنا بطرق باب القضاء الكامل.
- حال صدور القرار المطعون فيه استناداً إلى القوانين واللوائح، هنا بطرق باب قضاء الإلغاء.

ولقد أتيح للقضاء المصري أو يوصل ذلك في حكمه الصادر في 1957/6/27[3]، حيثُ يقول: " فإذا كان الإلغاء وإلغاء العقد، مستنداً إلى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إدارياً، ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء، ويدخل في نطاقها، ويرد عليه

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 189.

(2) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 190.

(3) القضية رقم 197 السنة 11 قضائية.

طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستنداً إلى نصـــوص العقد نفسه، وتنفيذاً له فالمنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استبعاد الولاية الكاملة لهذا القضاء.

وفضـــلاً عن ذلك فمخالفة القرار قد لا تكون بشروط العقد، بل لعناصر أخـــرى لمـــبدأ المشـــروعية، كأن يكون القرار مشوباً بعيب الانحراف، أو بعدم الاختصاص، فهل يخضع القرار بسبب ذلك لقضاء الإلغاء، أم لقضاء العقد؟؟..

لا شـــك أنـــنا إذا راعيـــنا المبادئ العامة، كان علينا أن نستعدي قضاء الإلغاء، هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه القديمة[1] وإن كان المجلس المذكور هجر ذلك المسلك[2].

كذلـــك فقـــد ذهب مجلس الدولة المصري هذا المذهب الأخير معتبراً أن القـــرارات التي تصدر عن الإدارة بصدد تنفيذ العقد لا تعدو أن تكون إجراءات إدارية[3].

بقيت نقطة واحدة حول موضوعنا هذا وتتعلق بطعون الغير الغريبين عن العقـــد، والذيـــن تمسهم قرارات الإدارة الصادرة في منطقة تنفيذ العقد، وما هو الباب القضائي الذي يطرقونه لهذه الغاية.

فـــي الحقيقة ليس لهؤلاء سبيل يسلكونه سوى طريق القضاء الكامل ضد قـــرارات وإجراءات الإدارة التي تصدر في منطقة العقد تنفيذاً لـــه، وهذا الأمر

---

(1) حكمـــه الصادر في 1943/11/19، قضية REGIE DE MON DE NERICE، ص 263.

(2) حكمـــه الصادر في 1952/10/24، قضية C. M. SYNDICAT، المجموعة، ص 465.

(3) أحكام القضاء الإداري المصري في: 1949/2/3، القضية رقم 2، لسنة 2 قضائية، ص 302 و 1963/4/21، القضية رقم 329، لسنة 14 قضائية.

مؤسس على مبدأ نسبية آثار العقد[1]، وعلى القاعدة الإجرائية: قاضي الأصل هو قاعدة الفرع.

بيد أن هنالك استثناء على هذا الأمر بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة، فقد اعترف للمنتفع بالمرفق المدار بطريق الامتياز Concede، الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد إجراءات التنفيذ الصادرة عن الإدارة مانحة الالتزام رغم أنه من الغير، وإن كان مقصوراً على الإجراءات المخالفة لنصوص كراسة الشروط اللائحية، لا التعاقدية، كما سبق توضيحه.

---

(1) "دي لوبادير": المرجع السابق، ص 342 – مجلس الدولة الفرنسي: حكمه الصادر في 1952/10/24، قضية SYNDICAT DE L'INDUSTRIE: DU SUD، وانظر الحكم الصادر في 1958/2/5، قضية CRETAIRE D'ETAT DE L'AGRICULTURE منشور في A.J سنة 1959، ج2، ص 57 مع تعليق الأستاذ KAHN، حيثُ أكد انفصال أي إجراء يتعلق بتنفيذ العقد عن العقد ذاته.

الفصل الثالث

تقرير البطلان في دعوى القضاء الكامل

لقد ورد اختصاص محكمة القضاء الإداري بالمنازعات التي تترتب على العقــود الإدارية، وذلك في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 55 لسنة 1959 المتضـــمنة: يفصـــل مجـــلس الدولـــة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بأي عقد إداري.

ولقـــد جـــرى القضاء الإداري في مصر على تفسير هذا النص وإعطائه مضموناً موسعاً، وذلك في قضاء غزير ومستقر، ولعل أوضح الأحكام التفصيلية والمســـهبة التي صدرت في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/11/18 المتضمن: إن اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات، وما يتفرع عنها، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود مـــن إجراءات أو قرارات، وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن النازعة الأصلية في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات، طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدة، ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولايـــة القضاء الكامل في عناصرها العملية بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري، وما لم يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة الـــتعاقد الإداري، وعـــلى هـــذا الـــنحو يكون لمحكمة القضاء الإداري في هذه المـــنازعات أن تفصـــل فـــي القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد، بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن تقصر في شأنها على الإلغاء، ويكون

المبحث الأول

دعوى بطلان العقد Action en nullite

قد يحمل هذا البطلان على عيب في تكوين العقد، وهنا ليس للمتعاقد الذي يبغي إلغاء العقد إلاّ سبيل القضاء الكامل، لأن دعوى الإلغاء كما سبق توضيحه لا توجه إلاّ إلى القرارات الإدارية التي تخالف مبادئ الشرعية الإدارية، في حين أن العقد ينشئ التزامات فردية وخاصة.

ودعوى البطلان مفتوحة الأبواب فقط للمتعاقد، وبالتالي لا يمكن للغير أن يستعين بها، وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: لا يجوز للغير أن يطعن بإلغاء العقد لأنه أجنبي عن العقد، وليس للعقد في مواجهته أية قوة التزام[1].

وكما ذكرنا سابقاً فالغالب لدى الفقه والمستقر قضائياً أن القانون الإداري في مادة العقود يعهد تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي، وهذا القانون لم يأخذ بنظرية الانعدام، كما هو الحال بالنسبة لنظرية القرار الإداري.

وبصورة عامة، فإننا نكون حيال بطلان مطلق في حال تخلف ركن من أركان العقد ((الرضا، المحل، السبب)) وبالمقابل فإننا حيال بطلان نسبي إذا تخلف شرط من شروط الصحة ((نقص الأهلية، عيوب الرضا)).

---

(1) حكمها الصادر في 1956/11/8، وقد سبقت الإشارة إليه – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 169 – المحكمة الإدارية العليا في سوريا رقم 238 لسنة 1977، المجموعة، ص 396 – وانظر الأحكام التي صدرت عن هذه المحكمة عام 1980 – وانظر د. الخاني: القانون الإداري، مجلد 4، ص 568.

وفضلاً عن ذلك، فقد أخذ الشرع في كل من فرنسا ومصر بفكرة المصلحة العامة لتأسيس فكرة البطلان، وبذلك يكون البطلان مطلقاً إذا كانت هذه المصلحة عامة، كما يكون نسبياً إذا كانت خاصة[1].

وعلى خلاف الرقابة الإدارية فرقابة القضاء على العقد هي رقابة مشروعية، وليس للقاضي الإداري أن يتلمس ملاءمة العقد: Opportunite، وإذا ما توضح له عدم مشروعيته أو العكس، فهو يحكم بعدم سلامته أو العكس، وليس للإدارة إبطال العقد من تلقاء نفسها، كما في الفسخ مثلاً، إذ يجب الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بهذا الخصوص، ولا يملك رفع الدعوى بذلك إلاّ أحد أطراف العقد[2].

وإذا كانت الندرة هي السائدة في علاقة الإدارة بالطرف المتعاقد لجهة عدم إقامة دعوى ضد عقودها، إلاّ أن ذلك لا يمنع من إقامتها من الناحية القانونية[3].

ومع أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا وجود له من الناحية القانونية، والغالب أن يقع التمسك به عن طريق الدفع، ومع ذلك فالفقه الحديث – وبعد رفضه فكرة الانعدام – يرى لزوم الدعوى لتقرير البطلان، بل ويراها لازمة سواء أكان البطلان مطلقاً أم نسبياً، رافضاً أن يكون هنالك بطلان بقوة القانون[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 322.

(2) " بيكينو ": الرسالة السابقة، ص 209 – د. الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، ط 1970، ص 17 – مجلس الدولة الفرنسي: 1954/2/5، قضية DELLE SOULIES.

(3) رسالة " بيكينو "، ص 219.

(4) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 975 – "بيكينو" الرسالة السابقة، ص 219 – " دي لوبادير ": مطوله في العقود، ج1، ص 251، – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 325.

والسـبب في ذلك هو أن العقد المتسم بالبطلان المطلق له شبهة عقد، زد عـلى ذلـك فالقاضي لا ينشئ البطلان المطلق، بل يقرره ويكشف عن وجوده، وذلك بأثر رجعي وبتاريخ نشأته.

والأمـر على خلافه بالنسبة للبطلان النسبي الذي هو عقد بكل ما تعنيه الكـلمة من معنى، ومن ثم فهو ينشئ الآثار القانونية حتى تاريخ الحكم ببطلانه، وهو حكم بالطبع منشئ للبطلان.

ويتقرر البطلان النسبي بدعوى أصلية بطلب إبطال العقد، وللحكم فيها ذو أثـر رجعي، بمعنى أنه يعدم العقد من يوم نشأته مما يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد[1].

كذلـك يجـوز التمسك بالبطلان النسبي كدفع Exception يقدمه المدعى عليه، وبالطبع فقاضي الدعوة هو قاضي الدفع.

وكما أكدنا سابقاً فإن الحكم الصادر بإبطال العقد القابل للإبطال وإن كان منشـئاً للـبطلان، إلاّ أن أثـره يستند إلى تاريخ نشوء العقد بأثر رجعي Effet retroectif .

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 327.

البحث الثاني

دعوى فسخ العقد Action en resilation

ولا حاجة للتأكيد بأن هنالك حالات عدة لفسخ العقد، فهناك الفسخ الاتفاقي ((التقايل))، وهناك الفسخ بقوة القانون De Plein droit، ومن مظاهر ذلك هلاك محل العقد La disparation de l'objet du contrat، وأخيراً هنالك الفسخ القضائي.

الفرع الأول

الفسخ بقوة القانون

ينقضي العقد بقوة القانون في الحالات الآتية:

المطلب الأول

هلاك محل العقد

إذا هـــلك محل العقد، انقضى العقد بقوة القانون، وقد يكون هلاك المحل بسـبب خـــارجي عن الطرفين، كتدمير محطة القوى التي أبرم العقد لاستغلالها نتيجة الحرب، وهنا ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب هذا الانقضاء[1].

---

[1] مجــلس الدولة الفرنســي: 1957/7/16، قضية ELECTRICE DE FRANCE، المجموعة، ص 38.

وقـد يكـون مـرجع الهلاك إلى عمل الإدارة، وحينئذٍ نكون على الحد الفاصـل بين إنهاء العقد بقوة القانون، وإنهائه بالطريق الإداري، وهنا يصحب إنهاء العقد تعويض المتعاقد عن هذه النهاية المبتسرة لعقده، وذلك إذا كان مرجع الهلاك إجراء خاص أصدرته الإدارة.

أمـا إذا كـان الهلاك نتيجة إجراء عام، فحينئذٍ لا يعوض المتعاقد إلاّ إذا توفرت شروط نظرية عمل الأمير[1].

كذلـك ينهى العقد بقوة القانون، إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها فـي العقـد، فمـتى تحققـت تلك الشروط انفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها[2].

وقد ينفسخ العقد بقوة القانون إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح، وهنا يتم الفسخ من تاريخ تحقق أسبابه.

وقاضي العقد هو الذي يعلن هذا الفسخ، وهو هنا كما قلنا قاضي القضاء الكامل.

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 759.

(2) مجلـس الدولـة الفرنسـي: 1944/10/27، قضية SECD, ETAT A LA DEFENCE.

الفرع الثاني

الفسخ القضائي La resilation juridctionnell

هو الذي يتعين أن ينطق به القضاء بناءً على طلب أحد الطرفين، وترتد آثار هذا الفسخ إلى تاريخ رفع الدعوى.

والأسباب التي من أجلها يحكم القضاء الإداري بالفسخ عديدة أهمها.

أولاً: الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.

ثانياً: الفسخ القضائي جزاء لإخلال الإدارة في التعديل.

ثالثاً: الفسخ كوزان لحق الإدارة في التعديل.

وهـذه الحالات الثلاث تدخل في ولاية القضاء الكامل، ونحن نكتفي بهذا القـدر المتـبقي محيلين القارئ إلى مظان ذلك في كتب الفقه[1]،باعتبار ذلك لا يدخل مباشرة في موضوعنا ألا وهو البطلان.

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 761 وما بعدها.

الفرع الثالث

حالات أخرى لاختصاص القضاء الكامل

وهذه الدعاوى متعددة، فقد تستهدف الحصول على مبالغ مالية، وسنتحدث عن ذلك في أبحاث آثار البطلان.

وقد تستهدف الدعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة خلافاً لالتزاماتها التعاقدية، وقد تحدثنا عن ذلك في قضاء الإلغاء.

وأخيـراً فلا يقتصر اختصاص محكمة القضاء الإداري على المنازعات المتعـلقة مباشـرة بـالعقد – سـواء فـي تكوينه أم تنفيذه أم إنهائه – بل يمتد اختصاصها إلى كل ما يتفرع على ذلك من هذه الاختصاصات على سبيل المثال والذكر:

1- الـنظر في جميـع الطلبـات المستعجلـة المتعلقة بالعقود الإدارية، إذا رفعـــت إليهـــا بالتـبعيـة تأسيساً على قاعدة: قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

وبذلـك فالمحكمة مختصة بالفصل بصفة مستعجلة في وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد[1].

وفضـلاً عـن ذلـك فمحكمـة القضاء الإداري مختصة بتعيين حارس قضـائي[2]، وأخيـراً فهي تختص بالفصل في طلب التعويض عن حجز الملتزم

---

[1] الحكم الصادر في 1956/11/18 سبق الإشارة إليه.

[2] الحكـم الصادر في 1956/6/24 سبق الإشارة إليه – وانظر د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 174.

لبعض العربات[1]، هذا فضلاً عن اختصاصها بإصدار الأوامر على العرائض[2]، ثـم اختصاصـها بالمنازعات المتعلقة بعقد استثمار، وهو عقد إداري يمتد إلى الكفالة في المنازعة المطروحة[3].

---

(1) الحكم الصادر في 1956/11/25، القضية رقم 4279 لسنة 9 قضائية.

(2) حكـم مجلـس الدولة المصري 1956/4/24 أشار إليه الدكتور الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 175

(3) 1960/3/24 سبق الإشارة إليه.

الباب الثالث

آثار البطلان في العقد الإداري

تمهيد:

وسنفرع على هذا الباب فصلين نتكلم في الفصل الأول عن آثار البطلان فيما بين المتعاقدين، على أن نتعرض في الفصل الثاني آثار البطلان بالنسبة للغير.

الفصل الأول

آثار البطلان بين المتعاقدين

وسنقسم هذا الفصل إلى الأبحاث الآتية:

- انعدام آثار العقد الباطل.
- الآثار العرضية المترتبة على العقد الباطل.
- المسؤولية عن البطلان.

المبحث الأول

انعدام آثار العقد الباطل

يقتضـــي بطـــلان العقد انعدام آثاره، وهذا هو المبدأ العام، وإن كان لهذا المـــبدأ بعض الاستثناءات تتعلق باستقرار المعاملات أو بمصلحة الخلف الخاص وبحماية الوضع الظاهر.

وعلى هذا فالمسائل التي تثور في هذا البحث هي:

1- المبدأ العام لآثار العقد الباطل.

2- الالتزام بالرد.

3- الاستثناءات التي ترد على المبدأ العام.

الفرع الأول

المبدأ العام

هذا المبدأ يستلزم عدم وجود العقد على الإطلاق مما يترتب انعدام آثاره القانونية سواء بالنسبة للحاضر أم المستقبل، وهذا ما يرتب إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كان عليها المتعاقدان قبل التعاقد.

وبطـــبيعة الحـــال، فإذا كان العقد لم ينفذ فهنا لا نكون حيال أية إشكالية، وعـــندئذٍ يكـــون دور الحكم سلبياً يدور في إطار المنع المحض الذي يحول دون المطالبة بتنفيذ العقد.

أما إذا وقع التنفيذ فإن قاعدة إرجاع الحال إلى ما كان عيه المتعاقدان قبل الـــتعاقد، هذه القاعدة تلقي على عاتق المستفيد من إرجاع كل ما حصل عليه من فائدة نتيجة تنفيذ العقد الباطل.

فالالتزام بالرد هي الترجمة العملية لعدم ترتيب التصرف الباطل لأي أثر، أو عدم نفاذ التصرف في حال تنفيذ العقد الباطل[1].

ويكـــون بذلـــك أساس الرد هو دفع غير المستحق، ولا يحتاج الأمر إلى نص لتقرير ذلك[2].

---

(1) جميل الشرقاوي: طبيعـــة المحـــل والسبب في التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 398.

(2) " دي لوبادير ": مطوله في العقـــود، ج1، ص 252 – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 975 و 329.

الفرع الثاني

الالتزام بالرد

هذا الالتزام كما سبق قوله هو نتيجة طبيعية للبطلان يفرضها المبدأ العام في عدم ترتيب العقد الباطل لأي أثر.

وإذا ما نشأت حالة واقعية نتيجة العقد الباطل، فإن هذا الوضع الواقعي يصحح بحيث يعود الطرفان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وقد أكدت هذا المبدأ المادة 143 من القانون المدني السوري بقولها:

في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض.

وهذا المبدأ المقرر في المادة 143 يعبر عن جوهر القانون، لذلك فهو مبدأ إداري يفرض نفسه على كافة مجالات هذا القانون.

وكما قلنا سابقاً فقد يكون العقد الباطل أنتج وضعاً واقعياً، فهذا الوضع الواقعي يتعارض مع القانون.

وهذا الخلاف الذي ينشأ من تقرير البطلان بين الواقع والقانون يجد حله في نظرية عامة وقائمة فعلاً في الوقت الحالي، وإن كانت غير كاملة الوضوح في كتابات الفقه.

بيد أنه يمكن القول بصورة عامة إن القواعد التي تنظم الالتزام بالرد هي قاعدة رد غير المستحق[1] Repetition de l'indu التي نظمتها المادة 182 من

---

[1] د. السنهوري: الوسيط ج1، مصادر الالتزام، ص 534 – جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 398.

القـــانون المدني السوري والتي تراها فاعلة ومنتجة في هذا المجال كمبدأ إداري يعــبر عــن الماهيــة الذاتية للقانون لا سيما أنها لا تتعارض مع روابط القانون الإداري.

وإذا كان القانون المدني – سواء في سوريا أم مصر – يجعل نظرية الرد تطبيقاً لنظرية الإثراء بلا سبب، فإن القانون الإداري يتعامل مع هذه النظرية[1].

ومحور قواعد الرد في نظرية دفع غير المستحق تحقيق المركز القانوني فـــي وســط الواقع الراهن، وكيانها يوجد القواعد التي توفق بين احترام المركز القانوني وضرورة اعتبار المصالح التي ترتبط بالواقع الراهن، وهذا هو علة ما يؤخــذ فـــي صـــورة الرد من اختلاف من حالٍ إلى أخرى، وهذا الاختلاف من صميم قواعد الرد[2].

ولذلك تبدو المسائل التي تدرس في آثار البطلان والتي تتعلق بالرد والتي تتعــلق بالعقــبات التي تقوم في سبيله غير وثيقة بنظرية البطلان، بل تدخل في صميم نظرية غير المستحق.

وبالطبع يترتب على الرد، رد الثمار والتعويض، ويراعى في ذلك حسن النية، وغير ذلك من الأمور التي يرجع بها إلى المادة 182 وما بعدها من القانون المدني.

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 443.

[2] د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 400.

الفرع الثالث

الاستثناءات على المبدأ العام

ويرد على المبدأ العام عدة استثناءات أهمها:

المطلب الأول

التقادم

وقــد قــررت المادة 142 من القانون المدني السوري أن دعوى البطلان النسبي تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

المطلب الثاني

البطلان الجزئي

وهــو أمــر منطقي فقد يكون العقد فاسداً في شق منه، حيثُ تقوم أسباب الــبطلان فــي هذا الشق فحسب[1]، وعندئذٍ ينصرف البطلان إلى الشق المذكور دون الأجزاء الأخرى للعقد، كأن تكون هنالك استحالة في شق من العقد أو عدم مشروعيه أو عدم توفر السبب فيه وغير ذلك.

---

(1) المادة /144/ مدني سوري، وقد تضمنت ما يلي: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قــابلا للإبطــال، فهذا شق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ".

المطلب الثالث

حسن النية

وقد ذكرنا عند الكلام على نظرية البطلان أنه لا يجوز التمسك بالبطلان على وجه التعارض مع مبدأ حسن النية.

المطلب الرابع

مصلحة ناقص الأهلية

وهذا البند نادر الوقوع في مجال الروابط العقدية الإدارية، ومع ذلك يجب أن يطبق ما جاء في المادة 143 من القانون المدني السوري المتضمنة: ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

المطلب الخامس

العقود الزمنية

هـنا يسـتحيل إزالـة بعض آثار هذه العقود لا سيما ما ترتب ذلك في الماضـي، عـندئذٍ يلـتزم مـن لم ينفذ التزامه – إذا ما نفذه المتعاقد الآخر – بالتعويض إعمالاً للقواعد العامة، ومصدر ذلك وأساسه نظرية الإثراء بلا سبب.

المطلب السادس

دفع غير المستحق

وهـذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 143 من القانون المدني السوري المتضمنة ما يلي: في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عيها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل.

وهـذا مـبدأ إداري يجـب احترامه والأخذ به في مجال بطلان العقود الإدارية.

المطلب السابع

تحول العقد الإداري

نقصـد بصـورة عامة من تحول التصرف القانوني conversation des actes juridiques أن تصرفاً قانونياً باطلاً بطلاناً مطلقاً قد تضمن على الرغم من بطلانـه عناصـر عقـد آخر، فيتحول هذا التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت عناصره، وهو التصرف الصحيح، والأثر الذي ينتج – بداهة – ليس من التصـرف الـباطل، بل من التصرف الصحيح الذي انقلب إليه التصرف الباطل بمقتضى سلطة القاضي في التفسير.

ولا حاجـة للـتدليل بأن التحول في التصرفات القانونية، ليس محصوراً عـلى العقد، وإنما هو نظرية عامة تغطي كافة مجالات القانون، بل والتصرفات القانونية سواء أكانت صادرة عن إرادة واحدة أم أكثر.

هذا ونشير بأن المادة 145 من القانون المدني السوري اعتنقت هذا المبدأ وفي ذلك تقول: " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخـــر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ".

وهكذا يتضح ضرورة توافر الشروط الآتية لتطبيق نظرية التحول، وهذه الشروط هي:

- بطلان التصرف الأصلي بطلاناً كلياً.
- تضـــمن التصـــرف الأصلي – الباطل – عناصر تصرف أخر دون إضافة عنصر جديد.
- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر.[1]

ما هو الشأن بالنسبة لتحول التصرفات على صعيد القانون الإداري؟؟..

وحقيقـــة الأمر أن هذا القانون أخذ بصورة واضحة بفكرة التحول، وإنما بالنســبة لــلقرار الإداري، وإن كـــان ذلك موضع انتقاد بالنسبة للفقيه اليوناني استاسينوبولس[2].

ولقـــد أخـــذ القضـــاء الإداري في مصر بفكرة التحول بالنسبة للقرارات الإدارية[3]، والأمر نفسه بالنسبة للفقه، أما القضاء الإداري الفرنسي فلم يأخذ بهذه الفكرة[4].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 461.

(2) كتابه TRAITE DES ADMINISTRATIFS, ATHENE, 1954, P. 41.

(3) عليا مصرية: طعـــن رقم 546، لسنة 3 قضائية، 1958/11/8، المجموعة، سنة4، ج2، ص 62، والطعن رقم 921، لسنة 3 قضائية 1959/3/21.

(4) د. النجـــار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 463 – وانظر د. رمزي طه الشاعر: تدرج البطلان في القرارات الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968، ص 375 – وانظـــر د. أحمـــد يسري: تحول القرار الإداري، مجلة مجلس الدولة السنوات 8-10، سنة 1960، ص 97.

وتحــول القرار ليس لــه صفة إنشائية، بل تقريرية تنصرف إلى تاريخ صدور القرار الباطل، لسبب بسيط هو أن التحول يتضمن إبطالاً ضمنياً[1].

هذا ما يتعلق بتحول القرار الإداري، أما بالنسبة لتحول العقد، فهو موضع نظــر، وذلك بسبب تعقد الإجراءات التي يمر بها هذا الكائن القانوني، مما يجعل أمــر وقــوع ذلــك نادراً، بل يؤكد بعض الفقهاء أنه لم تمر على مجلس الدولة المصري مسألة تتعلق بذلك[2].

والواقــع أن فكــرة الــتحول انبعثت من فكرة الحد من إعمال البطلان، وتخفيف الآثار القاسية لذلك، إذ يشكل التحول أحد القيود والاستثناءات التي ترد عــلى المــبدأ العام لانعدام آثار العقد بالباطل، هذا فضلاً عن أنه يشترط لصحة التحول عدم المساس بالغاية الاقتصادية التي يستهدفها العقد.

وفـــي نظرنا إنه إذا تحقق الشرطان السابقان، فإنه بالإمكان إعمال فكرة التحول على صعيد العقد الإداري، إذا ما تحققت شروط التحول المنصوص عليها في القانون المدني كما سبق توضيحه.

ذلك أن تنفيذ العقد الإداري يجب أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن الــنية، ولا يــتعارض حسن النية في التنفيذ مع ما تتميز به العقود الإدارية من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام وتغليب الصالح العام[3].

وهــنالك ملاحظــة هامــة هي أن العقود الإدارية تعرف نوعاً آخر من الــتحول غيــر تحول التصرف الباطل، هو تحول الشخص المعنوي العام " أحد طرفي العقد الإداري " إلى شخص معنوي خاص والعكس.

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 463.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 464.

(3) عليا مصرية: الطعن رقم 954، لسنة 16، قضائية في 1920/4/16.

والواقــع أن هذا التحول ليس لــه إحداث أي تغيير في طبيعة العقد التي اكتســبها لأن ذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار في الأوضاع القانونية، وبذلك فهذا التحول لا يؤثر على فكرة الاختصاص القضائي[1].

لكن ما الشأن لو تم العكس فتحول الشخص المعنوي الخاص إلى شخص معنوي عام، أي تحول تبعاً لذلك العقد الخاص إلى عقد إداري؟؟..

تجيب عن ذلك محكمة القضاء الإداري في مصر بأن ذلك ممكناً إذا كان من شأن التحول أن يحقق الغاية الاقتصادية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، ومــن ثم يتحول العقد الخاص إلى عقد إداري، اللهم إلاّ إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها في اتباع وسائل القانون الخاص[2].

والنظام الإداري الفرنسي يعهد هذا النوع الأخير للتحول[3].

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 446.

(2) القضــية رقم 175، لسنــة 16 قضائية 1964/3/29، مجمــوعة الخمــس سنوات (1961-1966)، ص 315.

(3) مجلس الدولة الفرنسي: 1961/10/25، قضيــة GARONIMI، منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، سنة 9، سنة 1965، ص 102.

المبحث الثاني

الآثار العرضية للبطلان

الأصـــل في العقد الباطل أنه لا ينتج أي أثر، لكن لكل قاعدة استثناءاتها، وهذه الاستثناءات تتحدد فيما يلي:

- التعويض – البطلان الجزئي – تحول العقد.

ولقـد بحثـنا نظـرية التحول، وأمامنا إذن مسألة التعويض، ثم البطلان الجزئي.

الفرع الأول

التعويض في إطار العقد الباطل

تضمنت المادة 143 من القانون المدني السوري ما يلي:

في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل.

هـذا المبدأ المدني يعبر عن جوهر القانون في ذاته، وعن ماهيته، وبذلك فهو مبدأ إداري أيضاً يطبق في مجال العقد الإداري دون أن يكون ذلك استعارة أو تقليد لفكرة غريبة عن روابط القانون الإداري.

ولا شك أن مبررات تحقق التعويض متعددة، منها أن ترتكب الإدارة خطأ يـلحق ضـرراً بالمـتعاقد، أو أن تستفيد على حسابه أو إذا أنهت العقد ثم حاق بالمتعاقد الضرر، وغير ذلك من الأمور.

وقد يكون هذا الخطأ – في حال البطلان – مشتركاً، عندئذ يؤخذ هذا الأمر في عين الحسبان[1].

وبداهة أن لا يثري شخص على حساب الآخر، أو ينتفع عن طريق الإضرار به، ومن ثم فالقانون الإداري – سواء بسواء بالنسبة للقانون المدني – يعرف هذا المصدر للالتزام ألا وهو الإثراء بلا سبب، مع التحفظ بأن هذا المصدر مستقل عن العقد، وإذا ما نشأ الضرر نتيجة تنفيذ العقد، أو بسببه يكون مصدر ذلك العقد وليس الإثراء بلا سبب[2].

ويعهد القانون الإداري الفرنسي فكرة الإثراء دون سبب في مجال شبه العقد Quasi - contrat، ومظهر ذلك أن يقوم المتعاقد بأشغال تزيد عما هو محدد في العقد، أو يقدم توريدات تفوق ما هو متفق عليه[3].

وهكذا يتضح أن مجال تطبيق فكرة الإثراء تجد مجالها على صعيد القانون الإداري بالنسبة للحالات التي لا تجد لها أساساً تعاقدياً[4].

وولاية القضاء الكامل تنحصر في التعويض دون إلزام الإدارة بأداء عمل معين تطبيقاً لنظرية الفصل بين السلطات، إذ لا يستطيع القضاء إلزام الإدارة بعمل شيء والامتناع عنه، بل ينحصر ذلك في التعويض النقدي[5].

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي: 1949/9/9، قضية CHAMI، المجموعة، ص 542 – والعليا مصر، القضية رقم 1303 السنة 8 قضائية 1966/21/31، مجموعة الخمسة عشر عاما، ص 179.

(2) نقض مدني رقم 93، لسنة 37 قضائية 1973/4/3، مجموعة سنة 24، ص 559.

(3) " لوبادير": المرجع السابق، ص 16، محكمة التنازع الفرنسي 1928/5/11، قضية TOMPLIER، سيري سنة 1929، ج3، ص 128 مع تعليق " هوريو ".

(4) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 449.

(5) د. فؤاد مهنا: القانوني الإداري العربي، ج3، سنة 1956 – 1957، ص 163.

ولقـد وضـعت المـادة 144 مدني سوري مبدأ آخر هو أن لا يتعارض الانتقاص مع إرادة المتعاقدين، بحيثُ إذا تبين أن أياً منهما ما كان ليرضى بإبرام العقـد بغير الشق الباطل، فإن البطلان لا بد أن يمتد إلى العقد كله، ولا يقتصر على هذا الشق وحده، وهذا ما عبرت عنه المادة 145 مدني سوري بقولها: " إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ".

وفي نظرنا إن هذا المبدأ المدني يأتلف مع طبيعة روابط القانون الإداري.

وفضلاً عن ذلك يوضح الدكتور النجار الحالات التي يمكن أن يظهر بها انتقاص العقد الإداري، وهي[1]:

1- إذا لحق البطلان أو عدم المشروعية جزءاً من السبب، هنا يكون الجزء غير المشروع وحده كأن لم يكن مع بقاء العقد قائماً شريطة أن لا يكون محدداً، أما إذا كان السبب غير المشروع محدداً فالعقد كله باطل.

2- إذا لحق البطلان جزءاً من المحل لكون هذا الجزء مستحيلاً مع بقاء المحل ممكناً.

وهـنالك حالــة خاصة للانتقاص والبطلان ألا وهي تعديل شروط العقد خلافاً للقانون.

وبيان ذلك أن الإدارة تملك تعديل العقد الإداري ضمن شروط محددة في مطـلعها خدمــة المــرفق العام، وتغير الشروط المتعلقة بذلك، فإذا كان التعديل خــارج هــذه الدائــرة، فعـندئذٍ يترتب بطلان ذلك التعديل ويكون هذا البطلان جزئياً[2].

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 453.

[2] " بيكينو": الرسالة السابقة، ص 51 – " دي لوبادير": العقود، ج2، ص 859 – د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 455 – مجلس الدولة الفرنسي: 3/7/ 1942، قضية SECS، المجموعة، ص 158.

ونحـن نطـلق عـلى هذا النوع من التعديل – المتصل بالمرفق العام – الـتعديل وفق المبادئ العامة، إلاّ أن الإدارة لا يجب عليها مراعاة تلك المبادئ العامـة، بل عليها أن تراعي قيوداً خاصة، وأهمها التزامها أسباب التعديل التي تحددها اللوائح أو دفاتر الشروط.

وبطـبيعة الحـال فـإذا كـان يترتب على مخالفة القيود العامة البطلان الجزئي، فإنه يترتب على مخالفة القيود الخاصة المذكورة حق المتعاقد في طلب فسخ العقد – ضمن شروط معينة – مع التعويض[1].

وبصـورة عامة فالنتيجة المترتبة على الانتقاص هي بطلان الجزء الذي لحقه البطلان مع بقاء العقد قائماً في الأجزاء الباقية شريطة ألا يتعارض ذلك مع قصد المتعاقدين، ويقع عبء الإثبات على العاقد الذي يتمسك بالبطلان الكلي[2].

وقاضـي القضاء الكامل لـه سلطة تقديرية في الانتقاص أو سواه تحت رقابة المحكمة الإدارية العليا.

وللمـتعاقد فسخ العقد في حال كون التعديلات جوهرية تقلب اقتصاديات العقد وتصيبه بالإرهاق، كل ذلك تحت رقابة قاضي العقد.

ومع ذلك فالقضاء لا يؤيد لجوء المتعاقد إلى عدم تنفيذ العقد خشية توقف سير المرفق العام[3].

وعلى ذلك فإذا ما حكم للمتعاقد مع الإدارة ببطلان قرار التعديل الصادر عن الإدارة لمخالفتها للعقود العامة التي ترد على حقها في التعديل، فعلى المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد الأساسي مع عدم تنفيذ قرار التعديل.

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 456.

(2) نقض مدني مصري رقم 188، 6/14 ظ 966، المجموعة ، سنة 17، ص 1359.

(3) د. ثروت بدوي: حق الإدارة في تعديل عقودها، بالفرنسية سنة 1963، ص 582.

أما إذا حكم بفسخ العقد لمخالفة الإدارة القيود الخاصة التي ترد على حقها فـــي التعديل، وذلك لقلبها اقتصاديات العقد رأساً على عقب بهذا التعديل، أو إذا تـــرتب على التعديل إرهاق المتعاقد مالياً وفنياً، فإنه يترتب على ذلك فسخ العقد بكامله.

وفضـــلاً عـــن ذلـــك فـــإذا كان القرار الذي ساهم في تكوين العقد غير مشروع، ثم صدر قرار بإلغائه، فالعقد يضحى باطلاً بطلاناً مطلقاً وهو ما سبق توضيحه[1].

---

[1] المحكمـــة الإدارية العليا في مصر: رقم 97 ـــ 1957/4/2، المجموعة، السنة 2، ص 937.

المبحث الثالث

المسؤولية عن البطلان

لا حاجة للتأكيد بأن العقد إذا كان باطلاً تعذر المطالبة بتنفيذه، لأن أسباب المطالبة معطلة بالبطلان.

وقد يترتب على البطلان إضرار أحد المتعاقدين بالآخر، فهنا يتحمل المسبب المسؤولية، تبعاً لحجمها والأضرار المترتبة وقيام عنصر السببية بين العلة والضرر، هذا فضلاً عن أن الضرر قد يكون منشؤه الإدارة وحدها إهمالاً أو قصداً، وقد يكون منشؤه الإدارة والمتعاقد ضمن نسب تتراوح في نطاقها تبعاً لكل حال على حدتها.

ويؤكد بعض الفقه أن نظرية التعويض عن العقد الإدارية تقترب من نظريتها في القانون المدني فيما يتعلق بقيمة التعويض، واشتراط ركن الضرر، لكنها تبتعد عنها فيما يتعلق بطريقة وضعه وكيفية تحصيله[1].

وحيثُ إنه سبق الكلام على التعويض كأثر غير مباشر للعقد الباطل، إذن علينا أن نستكمل الأمر ببحث أساس الحكم بالتعويض، فما هو هذا الأساس، وهل مرده أحكام المسؤولية التعاقدية، أم التقصيرية؟؟..

وبداهة فالعقد الباطل لا وجود له، وإنما هو مجرد واقعة مادية Fait materielle، وبالتالي فالمسؤولية هنا تقصيرية، إذا ما توفرت شروطها وهي قائمة على هذه الواقعة المادية.

---

(1) " دي لوبادير": العقود، ج2، ص 145 – عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، القاهرة، 1974، ص 18 – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 398.

وعلى العكس من ذلك، يرى الفقيه الألماني " اهرنج " أن المسؤولية الناجمة عن البطلان هي مسؤولية عقدية، وليس تقصيرية، وهذه هي نظرية الخطأ عند تكوين العقد[1].

بيدُ أن هذا الرأي الأخير مرجوح، وهو موضع نقد الفقه والمسؤولية هنا تقصيرية، ومبناها خطأ العاقد الذي أقدم على التعاقد مع تحقق سبب البطلان من جهته موجداً مظهر العقد الصحيح الذي اطمأن إليه العاقد الآخر، ومن ثم يقتصر التعويض على الضرر الذي ينتج عن ذلك وحده، أي الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة توهمه بصحة العقد[2].

والمسؤولية التقصيرية كما هو معلوم تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ – الضرر – علاقة السببية.

- **ركن الخطأ:**

وهذا الخطأ يتمثل في الإخلال بواجب قانوني، شريطة تحقق عنصرين: مادي ومعنوي، وهكذا فقد عرف الخطأ من قبل بعض الفقهاء بما يلي:

عدم تنفيذ واجب كان في الوسع عليها أن تتبينه وتلتزم به، كأن تحتكر الإدارة صناعة شيء معين وتقوم بالتعاقد على توريد هذا الشيء، وكعدم التصديق على العقد أو إنهائه، أو عدم القيام بالإجراءات القانونية السليمة في إبرام العقد.

أما إذا كان الخطأ من المتعاقد، فهنا يقوم على معيار موضوعي لا شخصي، فلا ينظر فيه إلى شخص المتعاقد، إلاّ للتحقق من توافر شرط التمييز،

---

(1) د. السنهوري: الوسيط، ج1، ص5.

(2) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 473 وما بعدها – " دي لوبادير": العقود، ج2، ص 67 – " بيكينو": الموسوعة الإدارية Y. E. A، الملزمة 515، فقرة 572 – عبد الحميد فياض: الرسالة السابقة، ص 181 – د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص 398.

فإن تحقق هذاالجزء الأدنى، فلا ينظربعد ذلك إلاّ إلىالشخص العادي إذا وجد في مثل الظروف التي أحاطت بالمسؤولية، وهي بطبيعةالحال الظروف الخارجية[1].

- **ركن الضرر:**

هــنا يجب تلمس مقدار الضرر الذي أصاب المتعاقد جراء خطأ المتعاقد الآخر، ويقع عبء ذلك على المدعى، ويترك أمر التقدير للمحكمة وليس للإدارة دخــل فــي ذلــك ويستوي في الضرر أن يكون مادياً أم معنوياً، متوقعاً أم غير متوقع، حالاً أم مستقبلاً[2].

- **ركن علاقة السببية:**

هذا الركن جوهري لا بد من تحققه لقيام المسؤولية، وإن كان تحديد معنى الســببية مــن أدق المسائل التي تثيرها دراسة المسؤولية، والقضاء يجري على تقدير كل حالة على حدتها.

عــلى أن الــتعويض لا يشمل الأضرار التي ما كان خطأ الإدارة ليؤدي إليهــا لو سارت الأمور سيراً طبيعياً، فهي أضرار غير مباشرة، وهي ما تسمى بتعاقب الأضرار، وتلك مسألة تقديرية تتوقف علىظروف الحال التي يستخلصاها القاضي من وقائع الدعوى، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة الإدارية العليا[3].

ويسأل الموظف عن الخطأ إذا كان – في حال البطلان الكلي أو الجزئي – جســيماً Faut laurde، وإذا توافرت سوء نيته، كأن يتعمد مخالفة القانون، أو تحقيق غرض لا يمت بصلة إلى الصالح العام..

---

(1) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 476.

(2) محكمة القضاء الإداري في مصر: القضية 730 ، لسنة 3 قضائية، 1970/12/9، المجموعة، ص 25.

(3) د. النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية، ص 478.

الفصل الثاني

آثار البطلان في مواجهة الغير

وسنفرع على هذا الفصل بحثين نتكلم في الأول على نسبية آثار العقد، ثم نتكلم في البحث الثاني على آثار العقود الإدارية على الغير.

البحث الأول

نسبية آثار العقد

تضمنت المادة 148 من القانون المدني السوري ما يلي:

العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

هل يسري هذا المبدأ على العقود الإدارية؟؟..

مما لاشك فيه أن العقد الإداري هو عقد بكل ما تعني هذه الكلمة من معنى، وإن كان له طبيعته الخاصة المميزة Sui-generis وأهم ما يميز هذه الطبيعة، مكنة الإدارة تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق ضمن شروط لا يتسع المجال لذكرها.

ومع ذلك فهذه المكنة الأخيرة لا تغير من طبيعة العقد، إذ يبقى – جوهر وماهية – مظهراً للتعبير عن إرادة المتعاقدين والتقائهم في نقطة توازن المصالح Pari-parti.

والدليـل عـلى ذلك أن الشرط المالي هو شرط جامد Rigid، ولا يمكن تعديلـه تعـبيراً عن القوة الإلزامية للعقد، ولا أدل على ذلك أيضاً هو نسبية أثر العقد الإداري، مثله في ذلك مثل العقد المدني.

وحقيقـة الأمـر أنـه تشعبت السبل حول هذا الموضوع، فمنهم من أكد سـريان العقـد الإداري على الغير تأسيساً على طبيعة هذا العقد الذي يستهدف تحقيق الصالح العام.

ولا أدل عـلى ذلـك مـا نجـده في عقد التزام المـرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، ففي هذين العقدين تنبـري الإدارة، إلى تضمين هذه العقود عدة شـروط لصـالح المنـتفعين بالمرفق العام، أو لصالح العاملين الذين يستخدمهم المقاول[1].

إذ يحـدث أن تشترط الإدارة مع المقاول في عقد الأشغال العامة شروطاً لمصـلحة الغير، من ذلك أن تكون هذه الشروط متعلقة بالأجر أو ساعات العمل أو الـتأمين ضـد الأضرار، وكذلك ما تتضمنه عقود الأشغال العامة دائماً من مسـؤولية المقاول الأصلي قبل الإدارة، أو العمال أو الغير في حال التنازل إلى مقـاول مـن الباطن، وما يترتب على ذلك من تخويل الغير والمنتفعين من رفع الدعوى المباشرة ضد المقاول الأصلي[2].

والخلاصة أن نظريـة الاشتراط لمصلحـة الغير من النظريات الكبرى فـي القـانون الإداري، ونحـن نـدلل بهـذه النظرية للتأكيد بامتداد آثار العقد الإداري كإرهـاص للتساؤل عن إمكان امتـداد آثار البطلان في العقود الإدارية إلى الغير.

---

(1) د. الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، 1975، ص 740.

(2) د. السنهوري: الوسيط، ص 512 - " دي لوبادير": ج2، ص 95.

المبحث الثاني

امتداد آثار البطلان في العقود الإدارية إلى الغير

قلـنا إن آثـار العقـد تتجاوز في حالات أشخاص عاقديه، لكن السؤال المطروح هو: هل تمتد آثار بطلان العقد إلى الغير.

الأصل كما هو معلوم – أن البطلان عدم والعدم لا ينتج أثراً Nul et Nul effet حسـب المبادئ العامة، هذا فضلاً عن ضرورة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد مع إلزام كل طرف برد ما أخذه من الآخر.

ومـع ذلـك فالعقد الباطل إن كان لا يرتب أثره قانونياً، فهو ينتج واقعاً ماديـاً، وهـذا الواقع المادي قد ينتج بدوره أثراً قانونياً. وعلى هذا فمبدأ انعدام التصـرف يحـده في التطبيق العملي اعتبارات عدة، مثل استقرار المعاملات، وحقوق الخلف الخاص حسن النية، وحماية الوضع الظاهر.

هكـذا ولصالح استقرار الأوضاع خرجت المادة 141 مدني سوري على قـاعدة أن العدم عدم، ولا ينتج أثراً مهما طال عليه الزمن، مقررة سقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة، كل ذلك للحد من قوة الإطلاق، وحرصاً على استقرار التعامل. وإذا اكتسب الخلف الخاص حقاً عينياً استناداً إلى العقد الباطل، فالأصل بطلان هذه العقود على أساس أن فاقد الشيء لا يعطيه، ومع ذلك فهنالك قيود على هذا المبدأ لصالح الغير حسن النية، ومن ثم فإذا كان العقد الصادر من المتصـرف إليـه في العقد الباطل من عقود الإدارة، فإنها تظل قائمة رغم سند تملك من صدرت عنه بشرط إلاّ تنطوي على غبن منه.

أما إذا كان العقد من عقود التصرف المتعلقة بمنقول، فإن للغير أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو الحيازة، أما إذا كانت واردة على عقار

فــثمة تفرقة بين البطلان المطلق الذي يخضع للتقادم الطويل كما أسلفنا في حين انه لا يحتج بالبطلان النسبي في مواجهة الغير حسن النية.

كذلك فقد وضع القانون المدني ضمانات الصالح المرتهن حسن النية رغم زوال ملكية الراهن.

أمــا بشــأن القيــود التي تحد من مبدأ البطلان والتي ترجع إلى حماية الأوضاع الظاهرة، فالأمثلة عليها متعددة، مثل تصرف المالك الظاهر، والوكيل الظاهر، والوارث الظاهر[1].

والحقيقة أن نظرية المظهر باتت من المسلمات التي لا تحتاج إلى البحث عن أساس قانوني لها، فهي تكفي بنفسها، وهي بهذه المثابة تقوم كمصدر مستقل إلى جانب مصادر الالتزام الأخرى، وفكرة المظهر تكفي وحدها لإنشاء الحقوق ونقــلها، فليســت مجرد بدء للخروج عن القواعد العامة بدافع العدالة، إنما هي المصدر الحقيقي للقاعدتين[2].

هكــذا يؤكد الدكتور حلمي بدوي أنه ليس غريباً أن نرجح المظهر على الحقيقــة، ذلــك أن اشــتباك الروابط القانونية وتعقيدها يرغمنا على أن نثق في الظاهر عندما يستحيل علينا الوصول إلى تصميم، ولن يستقيم النظام الاجتماعي إذا لم يرتب على المظهر المعقول من العلاقة مع الغير الآثار نفسها التي يرتبها القانون نفسه[3].

---

(1) تراجع في ذلك مفصلا – د. النجار: نظرية البطلان، ص 507.

(2) عــاطف محمد فخري: حماية الوضع الظاهر: أسس وحدود الحماية، المحاماة، سنة 58، سنة 1978، ص 73 وما بعدها.

(3) مقالــه الموســوم بعنوان آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 3، ص 26 وما بعدها.

وثمة ملاحظة هامة هي أن معيار الخطأ الشائع ليس موضوعياً ينظر فيه إلى عـدد الأشخاص الذين يعتقدون صحة الواقع الخاطئ، فلا يشترط في الخطأ أن يكـون شـاملاً، لكـن المعيار في ذلك شخصي ينظر فيه إلى حالة الشخص العادي لو وجد، في مثل الظروف التي وجد فيها من وقع في الغلط الشائع.

ما مدى تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الإداري؟؟؟؟

مما لا شك فيه أن عقد التزام المرافق العامة – يسبب الطبيعة النظامية أو اللائحية لبعض نصوصه – تمتد آثاره بعمق إلى الغير، وهكذا يصح السؤال عن النتائج التي تنعكس على هذه الآثار جراء بطلان العقد المذكور.

وفضـلاً عـن ذلك فامتداد الآثار إلى الغير تمتد في حالات جلية أخرى، مثل عقد الأشغال، وهنا يصبح السؤال على الشكل الآتي:

ما هو أثر بطلان عقد الالتزام والأشغال العامة على الآثار الممتدة منهما إلى الغير.

هنا يجب التمييز بين العقدين:

1- **فـي حال عقد الأشغال العامة:** لا شك أنه يترتب على بطلان عقد الأشغال العامـة بطـلان عقـد المقاول مع عماله تطبيقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغيـر، ولو أن الواقع العملي غير ذلك، ذلك أن المقاول يرتبط بعقود كثيرة ويسـتخدم في تنفيذها عمالاً ولو حدث وأبطل أحد هذه العقود، فإنها تتجدد تـلقائياً – ضـمنياً – في ارتباط المقاول بعملية أخرى وبذات العمل، وإن فـرص تحقـق بطلان العقود المحمولة على عقد الأشغال العامة هو نادر الحدوث عملاً[1].

(1) د. النجار: تدرج البطلان، ص 512.

2- **في حال عقد التزام المرافق العامة:** في الحقيقة إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، إنما صحت لتبرر امتداد آثار عقد الأشغال إلى الغير، فهي غير صالحة لتبرر ذلك بالنسبة لآثار عقد الالتزام إلى الغير المنتفعين إذ أن هذا الامتداد إنما يستند وفقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاء إلى الطبيعة المزدوجة لهذا العقد، وهذا من شأنه أن يختلف الأثر المترتب على بطلان عقد الأشغال العامة عن ذلك المترتب على بطلان عقد التزام المرافق العامة.

فإذا كان يترتب على بطلان عقد الأشغال العامة بطلان العقود المحمولة عليه، فلا يمكن أن يترتب على بطلان عقد التزام المرافق العامة العقود المحمولة عليه، - وهي عقود الاشتراط - للأسباب الآتية[1]:

1- إن عقود الاشتراك هي من عقود القانون الخاص.

2- هذه العقود تخضع للقاضي العادي خلافاً لعقد الالتزام.

3- يترتب على حلول أية جهة محل الملتزم في عقد الالتزام، التزام هذه الجهة قبل موظفي الشركة الملتزمة وعمالها، وليس لها أن تمتنع عن تنفيذ ما كانت قد ارتبطت به الشركة من التزامات لموظفيها وعمالها...

4- في حال سقوط الالتزام، فليس للجهة التي تختص ببحث قيمة التعويض والالتزامات المترتبة على إسقاط الالتزام أن تبحث في شرعية الملتزم إلى الغير في بعض أصول المرفق، أو إلى تقرير عدم نفاذ مثل هذا التصرف.

5- إنه يحد من إطلاق مبدأ البطلان قيود ثلاثة تتعلق باستقرار التعامل وحماية الخلف الخاص - حسن النية (الغير)، وحماية الأوضاع الظاهرة كما سبق توضيحه.

---

[1] د. النجار: نظرية البطلان، ص 513.

لهــذه الأسباب مجتمعة فلا يترتب على بطلان عقد التزام المرافق العامة بطلان عقود الاشتراك المحمولة عليه لاختلافهمــا في الطبيعــة والجوهر، فهنا " عقــد الالتزام " عقد يسوس مرفق عام وتغلب عليه المصلحة العامة، في حين أنــنا فــي عقود المنتفعين حيال عقود خاصة، هذا فضلاً عن أن تعاقدهم قد يتم بحسن نية.

وبالطبع فهذا لا يمنع من تحقق البطلان في عقود الاشتراك لأسباب ذاتية تتعــلق بهــذه العقود، وإن كان التطبيق العملي لم يطرح أمام القضاء أية قضية تتعلق ببطلان عقود الاشتراك تبعاً لبطلان عقد الالتزام[1].

([1]) د. الــنجــار: نظريــة البطلان، ص 517، وهو يرى أن هذا الطرح على القضاء لم يتم بالنسبة للقضاء في مصر.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

المكتبة القانونية
دمشق ـ حرستا ـ الشارع العام
ص.ب: ٥٧ هاتف ٥٣١٢١٢٠- فاكس ٥٣٢٤٢٨٣





دمشق - حرستا

هاتف ٥٣١٢١٢٠ فاكس ٥٣٢٤٢٨٣

ص.ب ٥٧